Zurückbehaltungsrecht auf Grund von Naturalobligationen, insbesondere auf Grund verjährter Forderungen

Dissertation
zur Erlangung der
juristischen Doktorwürde
bei der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität
zu Breslau
vorgelegt von

Siegmund Wassermann

Buchdruckerei J. Herper G. m. b. H. / Berlin SO 36, Wrangelstraße 4
Fachdruckerei für Dissertationen

1928

Gedruckt mit Genehmigung der rechts- und staats-
wissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau

Referent:
Prof. Dr. E. Bruck

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Zurückbehaltungsrecht auf Grund von Naturalobligationen, insbesondere auf Grund verjährter Forderungen

I. Einleitung

Die — insbesondere im Hinblick auf die verjährte Forderung lebhaft umstrittene — Frage, ob auf Grund von Naturalobligationen ein Zurückbehaltungsrecht ausgeübt werden darf, läßt eine Beantwortung erst dann zu, wenn eine genaue Festlegung der Begriffe „Naturalobligation" und „Zurückbehaltungsrecht" erfolgt ist. Dies ist um so notwendiger, als selbst in der neuesten Literatur die Ansichten über diese beiden Begriffe auseinandergehen.

Die eigenartige und außerordentlich interessante Erscheinung der Naturalobligation ist bis auf den heutigen Tag Gegenstand lebhaftester Erörterungen gewesen, wohl hauptsächlich wohl deshalb, weil ihre Eingliederung unter bestimmte Rechtsbegriffe oder Rechtskategorien unleugbar gewisse Schwierigkeiten bietet.

Nur so läßt es sich erklären, daß sich in dieser Frage oft diametral entgegengesetzte Auffassungen gegenüberstehen.

So leugnen manche Schriftsteller die Existenz der Naturalobligation im BGB. überhaupt[1]).

[1]) Hellwig, Anspruch und Klagrecht, S. 13, Anm. 22; ders., Lehrb. d. Ziv.-Pr., Bd. I., § 30, S. 196 ff.; Landsberg, Recht d. BGB., Bd. I, § 14, S. 60 ff.; Langheineken, Anspruch u. Einrede, S. 184 ff.; Siber. Rechtszwang, S. 48 ff.; ders., Komp. u. Aufr., S. 90.

An einer Stelle findet sich sogar in den Motiven, Bd. II, S. 106, die Behauptung, daß der Entwurf zum BGB. Naturalobligationen überhaupt nicht kenne; allerdings heißt es an einer anderen Stelle, Bd. II, S. 3, daß der Entwurf das Bestehen einer unvollkommenen Obligation in einigen Fällen anerkenne. Für das Bestehen der Naturalobligationen im BGB. spricht sich die überwältigende Mehrheit der Schriftsteller aus.

Andere wiederum bezeichnen eine Reihe von Verbindlichkeiten als natürliche, die von der herrschenden Meinung als vollgültige Obligationen angesehen werden. Ebenso findet sich die umgekehrte Erscheinung, daß ein Teil der Literatur dort das Bestehen von Naturalobligationen in Abrede stellt, wo sie nach der herrschenden Meinung unzweifelhaft vorliegen. In ganz besonderem Maße gilt das Gesagte von der verjährten Forderung.

Die Notwendigkeit, zunächst die Begriffsmerkmale der Naturalobligation festzulegen, ergibt sich aber auch daraus, daß die einzelnen „natürlichen Verbindlichkeiten" vielfach in ihren rechtlichen Wirkungen erhebliche Abweichungen aufweisen, die den Begriff der Naturalobligation nur noch komplizierter erscheinen lassen.

In ähnlicher Weise gehen die Ansichten über Wesen, Zweck und Voraussetzungen des Zurückhaltungsrechtes auseinander, so daß auch hier eine eindeutige Klarstellung des Begriffs geboten erscheint.

Damit ist aber der Weg, der bei der Erörterung der vorliegenden Streitfrage eingeschlagen werden muß, vorgezeichnet:

Nach erfolgter Begriffsbestimmung der Naturalobligation muß festgestellt werden, welche natürlichen Verbindlichkeiten sich im BGB. finden. Die hierauf folgende Untersuchung über Zweck, Wesen und Voraussetzungen des Retentionsrechtes wird dann eine schlüssige, weil sich aus dem Vorhergehenden ergebende Beantwortung der oben gestellten Frage ermöglichen.

II. Hauptteil

A. Die Naturalobligationen des BGB.

§ 1. Begriff der Naturalobligationen.

Der Ausdruck „Naturalobligation" deutet unverkennbar auf das römische Recht hin, und zwar auf die naturalis tantum obligatio. Vergeblich wird man aber in den römischen Quellen eine bestimmte Definition des Begriffes der naturalis obligatio suchen. Als das wesentlichste Unterscheidungsmerkmal von der obligatio civilis wird lediglich das Fehlen der „actio" konstatiert[2]).

Diese negative Begriffsbestimmung erscheint um so unklarer, als in den Quellen wiederholt obligatio für actio oder umgekehrt actio für obligatio gebraucht wird[3]).

So kam es, daß in der gemeinrechtlichen Literatur einige Schriftsteller „actio" gleich „Forderungsrecht" setzten[4]), was notwendigerweise dazu hätte führen müssen, nicht nur das Bestehen einer Obligation sondern auch eines obligationsähnlichen Gebildes zu leugnen. Denn das Forderungsrecht ist der wesentlichste Bestandteil einer Obligation. Besteht ein abgeschwächtes, weil z. B. nicht mit Klagbarkeit ausgestattes Forderungsrecht, so kann gleichwohl ein obligationsähnliches Verhältnis angenommen werden. Wo aber jegliches Forderungsrecht fehlt, da besteht, rechtlich betrachtet, ein „Nichts". Das würde aber wiederum unvereinbar sein mit den übrigen Wir-

---

[2]) Vgl. Theophilus in seiner Institutionenparaphrase ad § 1, I, 3, 20: „naturales (obligationes) sunt quae neque actionem pariunt neque condemnationem inferunt"; vgl. auch Klingmüller, Lehre v. d. nat. Verbindl., S. 1.

[3]) So z. B.: Obligationem acquirere für actionem acquirere (126, 2, D, de verb. oblig. 45, 1) oder: actio statt obligatio in 1. 5, § 1, D. de praesc. verb. 19, 5; 1. 9, § 3, D. de iurejurando 12, 2; 1. 2, § 8, D. de her. vel act. rend., 18, 4.

[4]) Schwanert, S. 165, und Scheurl, Heidelb. Krit. Zeitschr. f. d. ges. Rechtswiss., S. 498 ff.

kungen der naturalis obligatio[5]). Mit der herrschenden Meinung wird man vielmehr „actio" gleich „Klage" setzen[6]).

Daraus ergibt sich, daß die naturalis obligatio infolge des Fehlens der actio als klaglose Obligation zu bezeichnen ist. Diese Feststellung läßt sofort die Frage entstehen, ob man noch von einer obligatio sprechen kann, wenn das praktisch wichtigste Erfordernis, nämlich das Klagrecht, fortgefallen ist.

In der Tat war diese Frage in der Literatur seit jeher Gegenstand heftigster Auseinandersetzungen. Sie wird auch im folgenden noch eingehend zu behandeln sein.

Soviel steht jedenfalls nunmehr fest, daß der naturalis obligatio die Klagbarkeit, d. h. die Erzwingbarkeit fehlt. Damit ist das erste Begriffsmerkmal der Naturalobligation gewonnen.

Es muß jedoch darauf hingewiesen werden, daß der festgestellte Begriff der naturalis obligatio gleich klaglose Forderung erst seit den Glossatoren und in der gemeinrechtlichen Wissenschaft diese Bedeutung erhalten hat[7]).

Siber[8]) weist darauf hin, daß insbesondere in der vorjustinianischen Zeit auch klagbare Obligationen unter den Begriff der naturalis obligatio fielen, so z. B. die klagbaren Forderungen des ius gentium, daß also die Bezeichnung „naturalis" damals offenbar einen anderen Sinn als „klaglos" hatte.

Da es im Rahmen der hier zu erörternden Frage zu weit führen würde, auf die genaue Entwicklung des Begriffes der naturalis obligatio einzugehen, wird eine Beschränkung auf den in der gemeinrechtlichen Literatur gefundenen Begriff notwendig sein.

Als weiteres, den natürlichen Verbindlichkeiten gemeinsames Merkmal ist die Tatsache anzusehen, daß die Leistung auf Grund einer Naturalobligation als vollgültige solutio gilt. Die soluti repetitio, d. h. die Rückforderung des Geleisteten seitens des Gläubigers, ist ausgeschlossen. Ausdrücklich bestimmt 1,19 pr. D. 12,6:

---

[5]) Im Widerspruch zu ihrer Auffassung bejahen Schwanert, S. 60 u. 217, und Scheurl a. a. O. die Aufrechnungsfähigkeit der naturalis obligatio, die doch undenkbar wäre, wenn man ein Forderungsrecht völlig leugnen wollte. Hierbei sei ganz abgesehen davon, daß eine Aufrechnung nur bei der stärksten naturalis obligatio des römischen Rechts, der Sklavenschuld, zulässig war. Vgl. Siber, Rechtszwang, S. 15 ff.

[6]) Vgl. u. a.: Czyhlarz, § 75; Klingmüller, S. 1; Fischer, Recht und Rechtsschutz, S. 65 ff. („Aussicht auf iudicium"); Sohm, Inst., S. 685.

[7]) Zum ersten Male findet sich diese Beschränkung der nat. obl. auf klaglose Forderung in der an den Namen Theophilus geknüpften, bereits zitierten Institutionenparaphrase ad § 1, 3, 20.

[8]) Vgl. Siber in „Gedenkschrift für L. Mitteis", S. 78 u. S. 82. Vgl. auch S. 1: „Naturalobligationen sind die klagbaren Forderungsrechte des ius gentium."

„Naturalis obligatio manet et ideo solutum repeti non potest."

Aber die wissentliche Erfüllung einer natürlichen Verbindlichkeit gilt nicht etwa als Schenkung[9]), da hier der animus donandi fehlt, sie ist vielmehr als eine Leistung solvendi causa anzusehen. Damit ist die condictio indebiti unmöglich, und dies sogar dann, wenn die Erfüllung der naturalis obligatio in der irrtümlichen Vorstellung erfolgt ist, daß eine vollgültige Obligation vorliege[10]). Die Naturalobligation ist also, wie man es kurz nennen kann, erfüllbar[11]).

Als die wesentlichsten Begriffsmerkmale der Naturalobligation konnten damit festgestellt werden:

1. Das Fehlen der actio, d. h. der Klagbarkeit;
2. Das Gelten der Leistung auf Grund einer Naturalobligation;
3. Der Ausschluß der condictio indebiti.

Der Begriff der Naturalobligation des römischen Rechts läßt sich demnach folgendermaßen definieren:

„Die naturalis obligatio ist eine nicht klagbare Obligation, deren Erfüllung aber als wahre solutio gilt und daher die condictio indebiti ausschließt"[12]).

Die Bezeichnung „naturalis" hat insbesondere im gemeinen Recht Anlaß zu den verschiedensten Versuchen gegeben, das innere Wesen der Naturalobligation zu erklären.

So wurde vor allem angenommen, daß die Naturalobligation auf ein „ius naturale", d. h. eine natürliche Rechtsordnung,

---

[9]) Vgl. Ulp. 1. 19 § 4 D. de don. 39, 5, wo von einer Skavenschuld als einer Naturalobligation die Rede ist: „non erit donatio, sed debiti solution".

[10]) Vgl. 1. 41 D. de con. indeb. 12, 6 und 1. 60 D. 40, 1

[11]) Vgl. Brinz, Krit. Bl., Heft 3, S. 48: „zahlbar (erfüllbar), nicht klagbar"; zustimmend: Schwanert, S. 222 f.; Kuhlenbeck, Von d Pand. z. B. GB., Bd. II, S. 8: „erfüllbar, nicht erzwingbar"; Siber, Gedenkschrift, S. 82: „erfüllbar oder lösbar"; wie oben Enneccerus, Bd. I, Abtlg. 2, S 9; Klingmüller, S. 268; Staudinger-Kuhlenbeck, Bd. II, 1, Vorbem. Nr. 9, S. 14.

[12]) Daß die einzelnen Naturalobligationen des römischen Rechts darüber hinaus noch eine Reihe von wichtigen Rechtswirkungen zu erzeugen vermochten, kann hier nur angedeutet werden. So war z. B. Anerkenntnis der naturalis obligatio durch Novation möglich (1. 1 § 1 D. de novat. 46, 2), ebenso ihre Sicherung durch Pfandbestellung (1. 5 pr., 1. 14 § 1 D. de pign. 20, 1; 1. 13 pr. D. 12, 6; 1. 11 § 3 D. 13, 7), durch Bürgschaft (1. 6 § 2 1. 7, 1. 16 § 3, 1. 60 D. de fidej. 46, 1) oder durch ein constitutum (1. 1. § 7 D. de pec. const. 13, 5).

Diese Erwähnung kann deshalb nur nebenbei geschehen, weil es für die gesetzte Aufgabe in erster Linie darauf ankommt, die allgemeinen Kennzeichen der Naturalobligation zu ergründen und einen festen Begriff zu schaffen, der allerdings eine gewisse Elastizität hinsichtlich der einzelnen unter ihm zusammengefaßten Verbindlichkeiten immer aufweisen wird.

zurückzuführen sei. Was aber unter diesem ius naturale zu verstehen sei, darüber gingen die Ansichten auseinander.

Einer Auffassung nach ist es ein außerhalb des positiven Rechts stehendes Naturrecht, aus dem die naturalis obligatio hervorgegangen sei[13]).

Dann wurde das ius gentium als Quelle der Naturalobligationen angesehen[14]).

Kuntze[15]) faßt das ius naturale im Sinne eines den Freien mit dem Sklaven gemeinschaftlichen Rechtes auf, so daß der Ursprung der Naturalobligationen in diesem besonderen „Sklavenrechte" zu suchen sei.

Auch auf allgemeine Erwägungen versuchte man die rechtlichen Wirkungen der natürlichen Verbindlichkeiten zurückzuführen; so betrachtete insbesondere Brinz[16]) die Vernunft und Billigkeit (ratio und aequitas) als Ausgangspunkt der Naturalobligationen.

Schwanert[17]) vertritt die Auffassung, daß die Naturalobligationen durchaus in den Bereich des positiven Rechts gehören, daß sie auf einen natürlichen, d. h. tatsächlichen Verpflichtungsakt zurückzuführen seien, und daß ihnen — wie allen Verbindlichkeiten — eine obligatorische causa zugrunde liege. Lediglich infolge eines rechtlichen Hindernisses gehe ihnen die actio verloren, so daß sie dadurch zu unvollkommenen Verbindlichkeiten abgeschwächt würden.

Von einer anderen Seite her versucht Windscheid den Begriff der naturalis obligatio seinem Wesen nach zu erklären[18]). Er geht davon aus, daß es eine „natürliche Auffassung" im Gegensatz zur „juristischen" gebe. Wo diese letzte jener nicht entspreche, seien die Naturalobligationen entstanden. Der Ausdruck „naturalis" weise auf eine solche „natürliche Auffassung" der Römer hin.

Schließlich führt Dernburg[19]) die natürlichen Verbindlichkeiten auf die zwischen Staat und Gesellschaft bestehenden Gegensätze zurück. Verschiedenen Verbindlichkeiten müsse der Staat, sei es aus rechtspolitischen, sei es aus sittlichen oder wirtschaftlichen Gründen die vollkommene Anerkennung versagen, während die bürgerliche Gesellschaft derartige Verpflichtungen, teils mit Rücksicht auf Anstand und Sitte, teils aus anderen Erwägungen voll gelten lasse. Um nun einen

---

[13]) Weber, S. 8 u. 9; ähnlich Gradenwitz, S. 177.

[14]) Arndt, Pand., S. 426; Puchta, Inst., § 268, S. 335; Savigny Oblig., Bd. I, S. 22 ff.; Sintenis, Civilr., Bd. II, S. 6 ff.

[15]) § 44, S. 204.

[16]) Krit. Bl., Heft 3, S. 45; ähnlich Scheurl, Heidelb. Krit. Zeitschrift f. d. ges. Rechtswiss., Bd. I, S. 501 ff., der später allerdings seine Ansicht geändert hat, vgl. Jher. Jahrb., Bd. 7, S. 319.

[17]) S. 160 ff., auch S. 233.

[18]) Vgl. Windscheid-Kipp, Pand., Bd. II, S. 177.

[19]) Dernburg, Pand., Bd. II, S. 9 f.

Ausgleich zwischen diesen gegensätzlichen Auffassungen zu schaffen, begnüge sich der Staat mit passiver Ablehnung der Naturalobligationen, d. h. er versage ihnen den positiven Rechtsschutz, lasse sie aber sonst gelten.

Wenn nun auch nicht verkannt werden darf, daß die vorstehende Erklärung des Wesens der Naturalobligation mehr von den Postulaten „der Sitte und des Anstands" ausgeht, als von einer rein rechtlichen Würdigung, so kann andererseits nicht verkannt werden, daß die von Dernburg vorgebrachten Erwägungen tatsächlich dem Wesen der Naturalobligation am ehesten gerecht werden und vor allem bei der Abfassung der modernen Kodifikationen maßgebend waren. Unter den angeführten Erklärungen ist sie fraglos die befriedigendste. Der durchaus zutreffenden Auffassung von Schwanert kann man zwar beipflichten, ihr aber entgegenhalten, daß sie mehr die tatsächliche Entstehung der Naturalobligation als ihr Wesen wiedergibt.

Zu klären bleibt noch die Frage, worauf bereits hingewiesen wurde, ob die naturalis obligatio noch als eine Obligation im Rechtssinne angesehen werden kann.

Nach der Defination der obligatio in den Quellen ist diese ein „iuris vinculum, quo adstringimur necessitate alicuius rei solvendae secundum nostrae civitatis iura" (pr. I. 3, 13). In 1. 3 D. 44, 7 heißt es: „Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum".

Wesentlich für die Obligation ist, wie diese Stellen klar zum Ausdruck bringen, die necessitas solvendi, die aber nur dann besteht, wenn sie vermöge der actio durchgesetzt werden kann. Fällt diese fort, und fehlt damit der Erfüllungszwang, so kann es in der Tat sehr fraglich erscheinen, ob noch von einer obligatio die Rede sein darf.

Das Fehlen der Erzwingbarkeit bedeutet aber nicht etwa, daß ein Forderungsrecht nun überhaupt nicht mehr existiert. Deshalb ist es falsch, actio mit Forderungsrecht zu identifizieren[20]). Die actio stellt vielmehr das Klagrecht dar, d. h. das Recht des Gläubigers, seine Forderungen gegen den Schuldner im Wege der Klage geltend zu machen. Fehlt die Klagemöglichkeit, so ist damit also keineswegs gesagt, daß die Obligation auch materiellrechtlich nicht mehr bestehe.

Freilich ist es richtig, daß das Recht, eine Leistung zu fordern, nur dann einen Sinn und Wert haben kann, wenn es praktisch verwertbar ist, d. h. wenn es mit Hilfe der Obrigkeit — also mit der Klage — durchgesetzt und verwirklicht werden

---

[20]) Vgl. diese Arbeit, S. 4 f.

kann. Denn wo die Rechtsordnung ein Recht gewährt, da hat sie dieses auch zu schützen[21]).

Das schließt aber nicht aus, daß trotz des Fehlens der Klagbarkeit ein obligationsähnliches Verhältnis besteht, das zwar keine Obligation im eigentlichen Sinne mehr darstellt, gleichwohl aber eine Reihe von Rechtswirkungen erzeugt, die sonst nur eine vollgültige Obligation hervorzubringen vermag, und die unerklärlich wären, wenn man nicht wenigstens eine Obligation im uneigentlichen Sinne annehmen wollte[22]).

Ganz unverkennbar ist doch der Wille der Parteien sich gegenseitig zu verpflichten. Man könnte alle diese als Naturalobligationen bezeichneten Fälle rein subjektiv vom Standpunkt der beteiligten Parteien aus betrachtet sehr wohl Schuldverhältnisse nennen: Es gibt einen Gläubiger und einen Schuldner, ein — wenigstens subjektiv empfundenes — Recht zu fordern und ebenso eine Verpflichtung zu leisten. Lediglich aus rechtspolitischen oder allgemeinen Erwägungen heraus hat der Gesetzgeber diesen Verbindlichkeiten die Erzwingbarkeit genommen, sie also gewissermaßen in ihren rechtlichen Auswirkungsmöglichkeiten gelähmt.

Bestätigt wird die Richtigkeit dieser Auffassung durch einen Blick auf die geschichtliche Entwicklung der natürlichen Verbindlichkeiten[23]).

So war z. B. die Wette sowohl nach römischem, wie nach deutschem Rechte klagbar und erzeugte eine vollwirksame Obligation. Ebenso war die Wette im gemeinen Recht klagbar. Im altdeutschen Recht war auch die Spielschuld klagbar und wurde erst allmählich für unklagbar erklärt.

Deutlich zeigt sich bei dem Lotteriegeschäft des BGB., daß man es eigentlich mit einer regelrechten Obligation zu tun hat, der lediglich dann die Klagbarkeit versagt wird, wenn sie staatlich nicht genehmigt ist. Neben anderen im Interesse der Allgemeinheit liegenden Erwägungen war also bei dem staatlich nicht genehmigten Lotteriegeschäft auch ein rein finanzpolitisches Moment entscheidend für die Abschwächung einer an sich vollgültigen Obligation zur unvollkommenen Verbindlichkeit.

Auch beim Differenzgeschäft liegt — rein begrifflich betrachtet — eine Verbindlichkeit vor, der das Gesetz die Klag-

---

[21]) Savigny, System, Bd. I, S. 7; ders., Obligationenrecht, Bd. I, §§ 2—4; Jhering, Der Zweck im Recht, Bd. I, S. 320 f. und 443. Vgl. auch Dümchen, Schuld und Haftung, in Jher. Jahrb., Bd. 54, S. 399, der allerdings zugibt, daß begrifflich der Zwang vom Recht getrennt werden müsse.

[22]) Vgl. Windscheid-Kipp, Bd. II, S. 179. Derselbe erklärt auf S. 181, daß die Naturalobligation möglicherweise außer der Klagebefugnis jede rechtliche Bedeutung haben kann, die auch der rechtlichen Verbindlichkeit zukommt. — A. A. Christiansen, S. 17—21.

[23]) Vgl. Klingmüller, S. 272.

barkeit mit Rücksicht auf den Schutz der Allgemeinheit versagt, dort aber die Anerkennung ohne weiteres zuteil werden läßt, wo ein Schutzbedürfnis nicht besteht[24]).

Man geht also nicht fehl, wenn man annimmt, daß ursprünglich sämtliche Naturalobligationen vollgültige Verbindlichkeiten darstellten, die diese Stellung als Vollobligationen erst allmählich aus den oben gekennzeichneten Gründen einbüßten.

Es läßt sich auf Grund vorstehender Ausführungen daher durchaus sagen, daß „die natürlichen Verbindlichkeiten ihrem Wesen nach obligationsmäßige Rechtsgebilde sind, da deren Entstehung wie Untergang sich nach den Sätzen des Obligationenrechtes vollzieht[25])."

Auch das BGB. kennt Naturalobligationen[26]), obwohl man diesen Ausdruck vergebens im Gesetz suchen wird. Ebenso wenig kennt aber das BGB. die Bezeichnungen „natürliche Verbindlichkeit", „klaglose Forderung" oder „unvollkommenes Schuldverhältnis", die in der Literatur gebräuchlich sind und vollkommen dem oben gefundenen Begriffe der Naturalobligation entsprechen. Das BGB. vermeidet demnach trotz Kenntnis der natürlichen Verbindlichkeiten auffälligerweise eine bestimmte Bezeichnung für sie[27]).

Der „obligatio" entspricht im BGB. das „Schuldverhältnis", kraft dessen gemäß § 241 BGB. der Gläubiger berechtigt ist, vom Schuldner eine Leistung zu fordern. Dieses Forderungsrecht setzt aber immer eine „Verbindlichkeit" voraus, da man erst von einem Schuldverhältnis sprechen kann, wenn sowohl ein Gläubiger als auch ein Schuldner und ebenso: sowohl eine Forderung als auch eine Verpflichtung vorhanden ist. In den meisten Fällen der natürlichen Verbindlichkeiten des BGB. bestimmt nun das Gesetz ausdrücklich, daß eine „Verbindlichkeit nicht begründet" wird (Vgl. §§ 656, 762 BGB. sowie §§ 763, 764, bei denen die Vorschriften des § 762 Anwendung finden). Wo aber eine Verbindlichkeit oder Verpflichtung zur Leistung nicht besteht, da kann es auch kein Forderungsrecht geben. Es fehlt also — leugnet man das Bestehen einer Verbindlichkeit völlig — die wichtigste Voraussetzung des Schuldverhältnisses. Während im römischen Recht bei der Naturalobligation noch von einem obligationsähnlichen Verhältnis, einer Obligation im uneigentlichen Sinne, gesprochen werden konnte, wird dies

[24]) Vgl. Börsengesetz vom 22. Juni 1896 in der Fassung der Bekanntm. v. 27. Mai 1908, §§ 50 ff., sowie Gesetz v. 23. Dez. 1920.

[25]) Klingmüller, S. 258 f.; ähnlich Enneccerus, I, 2, S. 9: „Gleichwohl sind sie (die natürlichen Verbindlichkeiten) wahre Forderungen."

[26]) Busse, S. 12 ff., leugnet das Bestehen von Naturalobligationen im BGB., setzt aber an ihre Stelle den Begriff der „unvollkommenen Verbindlichkeiten", die nach seiner Meinung etwas anderes darstellen. Tatsächlich ist dies aber nur ein Streit um Worte.

[27]) Vgl. Eck, Bd. I, S. 231; Gierke, Entwurf eines BGB., S. 203; Stammler, S. 26; Windscheid-Kipp, Bd. II, S. 198; auch Hanausek, in d. Verh. d. 20. Dtsch. Juristentages, S. 318, Note 35.

im BGB. durch den Wortlaut des Gesetzes scheinbar unmöglich gemacht.

Wie läßt sich aber damit die weitere Bestimmung vereinen, daß das auf Grund dieser Naturalobligationen Geleistete nicht deshalb zurückgefordert werden kann, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat?

Das würde doch einen unlösbaren Widerspruch bedeuten[28]). Es kann also wohl nur gemeint sein, daß Verbindlichkeiten im gewöhnlichen Sinne, d. h. klagbare, nicht entstehen. Eine Art Schuldverhältnis kann ebensowenig wie bei den Naturalobligationen des römischen und gemeinen Rechts auch hier geleugnet werden. Es ist eben, wie die Bezeichnung treffend wiedergibt, ein „unvollkommenes Schuldverhältnis", aber immerhin ein Schuldverhältnis[29]).

Die scharfe und wenig glückliche Formulierung des Gesetztextes wird sicherlich mit der den Naturalobligationen gegenüber grundsätzlich ablehnenden Haltung des Gesetzgebers zusammenhängen[30]).

Wesentlich ist die aus den vorangegangenen Untersuchungen gewonnene Feststellung, daß es eine Reihe von Verbindlichkeiten gibt, die durch gewisse, oben gekennzeichneten Begriffsmerkmale unter der Bezeichnung Naturalobligationen zusammengefaßt werden[31]).

Die im BGB. mit Recht als natürliche Verbindlichkeiten zu bezeichnenden Fälle sind:

1. Spiel- und Wettvertrag.
2. Lotterie- und Ausspielgeschäft.
3. Differenzgeschäft.
4. Ehemäklervertrag.
5. Verpflichtungen aus sittlichen Pflichten und Anstandsrücksichten.
6. Die verjährte Forderung, diese aber nur bedingt.

---

[28]) Mahler, S. 12.

[29]) Vgl. Klingmüller, S. 272; Mahler, S. 12 f.

[30]) Vgl. Mot., Bd. II, S. 106.

[31]) Cosack-Mitteis, B. I, S. 335, bestreitet die Zweckmäßigkeit und Notwendigkeit der Zusammenfassung der oben gekennzeichneten Fälle unter dem Ausdruck Naturalobligation. Er erklärt: „Mit demselben Recht wären alle Forderungen, die vertraglich nur durch formbedürftiges Rechtsgeschäft begründet werden können, als „Formalobligationen" zu bezeichnen." M. E. ist diese Auffassung nicht richtig, da es sich in den bezeichneten Fällen gerade um ganz ungewöhnliche Erscheinungen handelt, die keine vollgültigen Obligationen mehr sind, dennoch aber gewisse, nur den Obligationen eigentümliche Wirkungen aufweisen. Es handelt sich also um weit mehr als um eine rein willkürliche äußerliche Zusammenfassung. So auch herrschende Meinung. Die Tatsache, daß von Cosack-Mitteis diese Verbindlichkeiten besonders erwähnt und behandelt werden, beweist am besten die Berechtigung dieses Begriffes.

§ 2. Die echten Naturalobligationen.

a) Spiel- und Wettvertrag.

Der Spielvertrag ist nach der jetzt herrschenden Auffassung[32]) ein Vertrag zwischen zwei Personen, der zum Zwecke der Unterhaltung oder des Gewinnes abgeschlossen wird, mit der Vereinbarung von Gewinn und Verlust unter entgegengesetzten Bedingungen, die entweder vom Zufall (Glücksspiel) oder von der Geschicklichkeit[33]) der Spieler (Geschicklichkeitsspiel) wesentlich beeinflußt sind. Der Wettvertrag dagegen wird vorgenommen zum Zwecke der Bekräftigung einer aufgestellten Behauptung, indem sich die Parteien gegenseitig für den Fall der Wahrheit oder Unwahrheit zu bestimmten Leistungen verpflichten.

§ 762 lautet: „Durch Spiel oder durch Wette wird eine Verbindlichkeit nicht begründet. Das auf Grund des Spieles oder der Wette Geleistete kann nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat."

Wenn das Gesetz ausdrücklich erklärt, daß eine Verbindlichkeit nicht begründet wird, so ist damit das erste Erfordernis der Naturalobligation, die Klaglosigkeit, gegeben.

Dem steht keineswegs entgegen, daß oben[34]) gesagt wurde, man müsse trotz des Gesetzestextes eine — wenn auch unvollkommene — Verbindlichkeit annehmen, worauf bereits die soluti retentio hinweise.

Die Verpflichtung des Schuldners und das Forderungsrecht des Gläubigers bestehen nur subjektiv vom Standpunkte der beiden Parteien aus gesehen, nicht aber objektiv im Sinne der Rechtsordnung[35]). Daher besteht keine Verbindlichkeit im Rechtssinne, mithin keine „klagbare Forderung".

Das auf Grund des Spiels oder der Wette Geleistete kann nicht zurück gefordert werden. Damit ist ein weiteres Begriffsmerkmal der Naturalobligation festgestellt, nämlich die Unmöglichkeit der condictio indebiti. Diese ist nach § 814 BGB. allgemein ausgeschlossen, wenn der Leistende wußte, daß er zur Leistung nicht verpflichtet war; nach § 762 ist aber die condictio auch dann ausgeschlossen, wenn der Leistende dies nicht wußte, oder wenn er deshalb erfüllte, weil er sich irrtümlicherweise zur Erfüllung verpflichtet hielt.

Daß die Rückforderung des Geleisteten aus anderen Gründen, z. B. wegen mangelnder Geschäftsfähigkeit des Verlierers möglich ist, leuchtet ohne weiteres ein und ergibt sich aus den allgemeinen Vorschriften des BGB.

[32]) Vgl. Enneccerus, I, 2, § 409, I, 3; Warneyer, Bd. I, § 762, I u. II, S. 1196 f.; Gierke, Bd. 3, S. 814 f.; R.-G., Bd. 61, S. 153.

[33]) So: R.-G. Str., Bd. 40, S. 21 ff. — Nur für Zufall: Endemann, Bd. I, § 187.

[34]) Vgl. diese Arbeit, S. 12 f.

[35]) Vgl. Enneccerus, I, 2, S. 10, Anm. 9.

Die Erfüllung einer Spiel- oder Wettschuld ist also, das folgt aus dem Ausschluß der condictio indebiti, als vollgültige solutio anzusehen.

Damit ist der Beweis erbracht, daß Spiel und Wette Naturalobligationen sind.

Als unsittlich im Sinne von § 138 Abs. 1 BGB. können Spiel und Wette nicht angesehen werden[36]), ebensowenig als nichtig[37]). Dies ist gemäß § 134 BGB. nur dann der Fall, wenn der Spielvertrag gegen ein gesetzliches Verbot verstößt (z. B. gegen die §§ 284, 286 StrGB.).

Nach § 762, Abs. 2, gelten die Vorschriften des Absatz 1 auch bei einer Vereinbarung, durch die der verlierende Teil zum Zwecke der Erfüllung der Spiel- und Wettschuld dem gewinnenden Teile gegenüber eine neue Verbindlichkeit eingeht. Diese Bestimmung soll eine Umgehung der im Abs. 1 aufgestellten Vorschriften unmöglich machen. Alle Rechtsgeschäfte, die sich also auf der causa des Spieles oder der Wette aufbauen, können keine verpflichtende Kraft erzeugen und sind damit genau so Naturalobligationen wie Spiel und Wette selbst.

b) Lotterie- und Ausspielgeschäft.

§ 763 BGB. bestimmt: „Ein Lotterievertrag oder ein Ausspielvertrag ist verbindlich, wenn die Lotterie oder die Ausspielung staatlich genehmigt ist. Andernfalls finden die Vorschriften des § 762 Anwendung."

Unter Lotterie ist ein Unternehmen zu verstehen, bei dem der Veranstalter gegenüber einer Mehrzahl von Personen gegen Zahlung eines Einsatzes die Verpflichtung übernimmt, ihnen nach Maßgabe eines Lotterieplanes bestimmte Gewinne auszuzahlen[38]).

Der Unterschied zwischen Lotterie und Ausspielgeschäft besteht darin, daß der Unternehmer bei jenem als Gewinn eine Quantität generell bestimmter Sachen, meist Geld, bei diesem aber einen speziell bestimmten Gegenstand verspricht.

Ein Ausspiel- oder Lotterievertrag ist demnach an und für sich als vollgültige Obligation anzusehen. Ist die Lotterie

---

[36]) Vgl. Enneccerus, I, 2, § 409, II, 1; Mot., Bd. II, S. 466; Warneyer, Bd. I, § 762, 3, S. 1197.

[37]) Dies wird angenommen, weil das Gesetz erklärt, daß eine Verbindlichkeit nicht begründet werde, von: Hellwig, Anspr. u. Klagr., S. 13, Anm. 22; Siber, Rechtszwang, S. 58 f.; auch Langheineken, Anspr. u. Einr., S. 187. Die Gründe dagegen sind bereits im Texte dargetan.

[38]) Vgl. Dernburg, Bürg. Recht, Bd. II, 2, S. 187; Cosack-Mitteis Bd. I, § 220, II, 1a; Enneccerus, I, 2, § 410, I; Gierke, Bd. III, S. 819 f.; Warneyer, Bd. I, § 763, I, S. 1201.

oder Ausspielung aber staatlich nicht genehmigt, so wird der Vertrag nach den Vorschriften über Spiel und Wette behandelt, d. h. er erzeugt lediglich eine Naturalobligation[39]).

Ist ein Lotterievertrag ausdrücklich verboten — dies ist vom Fehlen der staatlichen Genehmigung streng zu unterscheiden —, so ist er ebenso wie ein gesetzlich verbotenes Spiel gemäß § 134 BGB. nichtig und erzeugt nicht einmal eine Naturalobligation.

---

c) Differenzgeschäft.

§ 764 BGB. lautet: „Wird ein auf Lieferung von Waren oder Wertpapieren lautender Vertrag in der Absicht geschlossen, daß der Unterschied zwischen dem vereinbarten Preise und dem Börsen- oder Marktpreise der Lieferungszeit von dem verlierenden Teile an den gewinnenden gezahlt werden soll, so ist der Vertrag als Spiel anzusehen. Dies gilt auch, wenn nur die Absicht des einen Teiles auf die Zahlung des Unterschieds gerichtet ist, der andere Teil aber diese Absicht ist, kennt oder kennen muß."

Diese Gesetzesbestimmung, die in den Entwürfen zum BGB. nicht enthalten war[40]), hatte bei ihrer Einfügung in das BGB. nur provisorischen Charakter, da das zur gleichen Zeit beratene Börsengesetz eine vollständige und erschöpfende Regelung dieser Materie bringen sollte. Die Aufnahme in das BGB. erfolgte auf Antrag der Reichstagskommission, weil auf der einen Seite die Beratungen über die Börsengesetzgebung

---

[39]) Hierbei entsteht die Frage, ob z. B. in Preußen das Spielen in einer außerpreußischen, aber landesgesetzlich genehmigten Lotterie als Naturalobligation anzusehen ist oder nicht vielmehr als eine vollwirksame Verbindlichkeit. Richtigerweise wird das Letzte anzunehmen sein, da das BGB. reichsgesetzliche Bestimmungen trifft, die selbstverständlich für das gesamte Deutsche Reich Geltung haben.

Bedroht ein Landesgesetz das Spielen in einer staatlich genehmigten Lotterie eines anderen Bundesstaates mit Strafe, so wird aus dem gleichen Grunde ein gültiger Lotterievertrag zustande kommen, da die landesgesetzliche Bestimmung im Widerspruch zu der reichsgesetzlichen Vorschrift des § 763 steht. (Vgl. R.-G., Bd. 48, S. 17; R.-G. Gruchot, S. 1184; Enneccerus, I, 2, § 410, I, 2; Staudinger, Bd. II, 2, § 763, 2b. — Anderer Ansicht Delius, D. J.-Z. 99, S. 494.)

Die landesgesetzlichen Strafvorschriften werden durch § 763 aber nicht aufgehoben, sie verlieren nur ihre zivilrechtliche Bedeutung (R.-G. Str., Bd. 33, S. 335; R.-G. Str., Bd. 36, S. 260, und Bd. 39, S. 2; Enneccerus a. a. O.; Staudinger, Bd. II, 2, § 763, 2c; Warneyer, Bd. I, § 763, II, S. 1202). Weil die Strafvorschrift rein finanzpolitischer Natur ist, kann auch nicht angenommen werden, daß der Vertrag nach § 134 BGB. als gegen ein gesetzliches Verbot verstoßend für nichtig zu erklären sei.

[40]) Mot., Bd. II, S. 647; Prot., Bd. II, S. 3185 ff.

noch nicht abgeschlossen waren, dann aber in erster Linie die von der damals neuesten Rechtsprechung des Reichsgerichts[41]) ausgesprochene Unklagbarkeit des Differenzgeschäftes gesetzlich festgelegt werden sollte.

Nach dem Wortlaut des § 764 ist nicht erforderlich, daß die Parteien die effektive Erfüllung ausgeschlossen oder die Erledigung des Geschäftes durch Zahlung der Differenz vereinbart haben (reines Differenzgeschäft), sondern es wird nur verlangt, daß der Vertrag in der Absicht geschlossen wurde, es solle der Unterschied zwischen dem vereinbarten Kaufpreise und dem Börsen- oder Marktpreise am Stichtage gezahlt werden (verdecktes Differenzgeschäft).

Liegt ein Differenzgeschäft vor, so finden, da es sich dann um ein Spiel handelt, die Vorschriften über dieses Anwendung, d. h. das Differenzgeschäft ist als Naturalobligation zu behandeln.

Ob ein Differenzgeschäft oder ein ernstlich gemeinter Kauf vorliegt, wird oft schwer zu entscheiden sein. Die Beurteilung wird sich nach der Gesamtlage der Umstände richten[42]) [43]).

---

[41]) R.-G., Bd. 30, S. 214; Bd. 34, S. 82; Bd. 39, S. 164 f.; Bd. 43, S. 149 ff.

[42]) Vgl. Enneccerus, I, 2, § 410, II, Anm. 5; R.-G., Bd. 91, S. 45.

[43]) Der Anwendungskreis des § 764 ist durch das Reichsbörsengesetz vom 22. Juni 1896 in der Fassung der Bekanntmachung vom 27. Mai 1908 (RGBl. S. 215) und durch das Gesetz vom 23. Dez. 1920 (RGBl. S. 2317) wesentlich eingeschränkt worden. Denn die sog. Börsentermingeschäfte — wohl der häufigste Fall des Differenzgeschäftes — unterliegen der Regelung der §§ 50 ff. des Börsengesetzes. Danach ist zwischen offiziellen (§ 50) und nichtoffiziellen (§ 51) zu unterscheiden. Die ersten sind vollwirksam, wenn erstens Gegenstand des Börsentermingeschäftes solche Wertpapiere und Waren sind, die bei der betr. Börse zugelassen sind, und zweitens auf beiden Seiten Kaufleute, die in das Handelregister eingetragen sind, oder deren Eintragung nach § 36 HGB. nicht erforderlich ist, oder eingetragene Genossenschaften oder gewisse, den Kaufleuten gleichgestellte Personen (§§ 53, 58, Satz 1, 59) als Vertragschließende beteiligt sind. Die nichtoffiziellen Börsentermingeschäfte (§ 51), sowie diejenigen, bei denen der eine Teil nicht zu den im § 53 genannten Personen gehört, erzeugen eine Art Naturalobligation nach Maßgabe der §§ 54—57, 58, Satz 2, 59, worauf hier jedoch nicht näher eingegangen werden kann. Gewisse Börsentermingeschäfte sind verboten (§ 63 Abs. 1 und ausdrücklich Abs. 2; § 65).

Vgl. Enneccerus, I, 2, S. 10, Anm. 8; Warneyer, Bd. I, § 764, II, S. 1205.

d) Ehemäklervertrag.

Der Ehemäklerlohn war im gemeinen Recht nach herrschender Ansicht klagbar[44]). Es bestand also auch hier eine vollgültige Obligation. Allerdings gab es einzelne Partikularrechte, nach denen der Ehemäklervertrag nichtig war[45]).

§ 656 BGB. bestimmt: „Durch das Versprechen eines Lohnes für den Nachweis der Gelegenheit zur Eingehung einer Ehe oder für die Vermittlung des Zustandekommens einer Ehe wird eine Verbindlichkeit nicht begründet. Das auf Grund des Versprechens Geleistete kann nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat.

Diese Vorschriften gelten auch für eine Vereinbarung, durch die der andere Teil zum Zwecke der Erfüllung des Versprechens dem Mäkler gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht, insbesondere für ein Schuldenerkenntnis."

Diese Fassung wurde dem Gesetz gegeben, wahrscheinlich auf Anregung und unter dem Einfluß von Kohler[46]), nachdem im ersten Entwurf der Standpunkt des gemeinen Rechts — also Klagbarkeit — eingenommen worden war.

Die Begründung für die im § 656 enthaltene Bestimmung ging dahin, daß die große Mehrheit des Volkes den Lohn für eine Heiratsvermittlung als unsittlich ansehe, und daß die ärgerniserregenden Prozesse wegen Heiratsvermittlung vermieden werden sollten[47]).

Der zweite Teil dieser Begründung kann als stichhaltig angesehen werden[48]), keinesfalls aber ist der erste Teil der Begründung zutreffend. Die Heiratsvermittlung wird durchaus nicht als unsittlich empfunden, sondern ist ganz im Gegenteil in weiten Kreisen üblich und das Verlangen eines Entgeltes für die Tätigkeit bei der Vermittlung einer Ehe wird als berechtigt empfunden[49]). Unzutreffend ist daher die Ansicht Kohlers[50]), daß der Ehemäklervertrag völlig nichtig, weil unsittlich sei. Die Unmöglichkeit der Rückforderung des Geleisteten schließt er aus § 817 BGB., der bei einem auf beiden Seiten unsittlichen Rechtsgeschäft lediglich den Besitzer der Leistung

[44]) Seuff. Arch., Bd. 48, Nr. 23; R.-G. bei Blum, Urt. u. Ann., Bd. II, S. 217.

[45]) Kurhessische Verordnungen v. 27. 3. u. 29. 5. 1804; Sächs. BGB. § 1259; Oestrr. BGB. § 879.

[46]) Im Arch. f. bürg. Recht, Bd. V, S. 171 ff.

[47]) Vgl. Mugdans Materialien, Bd. II, S. 1292 ff.

[48]) Vgl. Klingmüller, S. 223; Kowalski, S. 55.

[49]) Vgl. Kowalski, S. 55.

[50]) Arch. f. bürg. Recht, Bd. XII, S. 316 ff.; ebenso Meisner, Kom., Bd. II, zu § 656, S. 203 f.

in die glücklichere Lage setzt. Dieser Auffassung ist aber auf das entschiedenste zu widersprechen[51]).

§ 656 entspricht inhaltlich sowohl, wie seinem Wortlaut nach ziemlich vollständig dem § 762[52]). Der Ehemäklervertrag begründet — ebenso wie Spiel und Wette — keine Verbindlichkeit, d. h. keine erzwingbare Verbindlichkeit. Hieraus kann aber nicht die Unsittlichkeit des Ehemäklerlohnes geschlossen werden. Viel eher könnte man aus dem Ausschluß der condictio indebiti folgern, daß die Zahlung einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entspricht[53]).

Wollte man aber mit Kohler die Rückforderung des Geleisteten wegen beiderseitiger turpitudo ausschließen, so käme man zu dem Ergebnis, daß § 656 Satz 2 überflüssig ist, weil ja für diesen Fall § 817 Satz 2 zur Anwendung käme[54]).

Eine — selbst irrtümlicherweise — bewirkte freiwillige Leistung kann nicht zurückgefordert werden, sondern gilt als eigentliche, vollgültige Erfüllung. Damit sind auch hier die Kennzeichen der Naturalobligation — Klaglosigkeit, Gelten der Leistung als wahre Erfüllung, Ausschluß der condictio indebiti — festgestellt[55]).

Ausdrücklich bestimmt das Gesetz, daß ein Schuldanerkenntnis keine Gültigkeit hat, wenn es sich auf eine Forderung aus Heiratsvermittlung bezieht. Das gleiche gilt naturgemäß von jeder anderen Sicherung der Forderung, wie z. B. Pfand, Bürgschaft, Vertragsstrafe usw.[56]).

Selbstverständlich ist hier ebenso wie bei allen Naturalobligationen die Rückforderung zulässig, wenn der Ehemäklervertrag an sich ungültig war, z. B. wegen Zwanges oder Betruges.

---

[51]) Vgl. Klingmüller, S. 223 f.; Badt, S. 36 f. Die Annahme der Unsittlichkeit wird auch abgelehnt von Schindler, S. 62, und Warneyer, Bd. I, § 656, I, S. 1077. — A. A. Cosack-Mitteis, Bd. I, § 214, II, 2.

[52]) Oertmann, Allg. österr. Ger.-Ztg. 1902, S. 201.

[53]) Dernburg, B. R., Bd. II, § 339, S. 558 f.

[54]) Oertmann a. a. O. S. 201; Roth, S. 43.

[55]) Für Naturalobligation: Von Buchka, S. 62; Crome, Bd. II, S .713; Bernburg, B. R., Bd. II, S. 558; Endemann, S. 586; Engelmann, S. 374; Enneccerus, I, 2, § 378, IV, 3; ders. § 227, II, 2, c; Fischer-Henle zu § 241, Bem. 5; Goldmann-Lilienthal, § 180, IV, S. 686; Krückmann, S. 176; Matthiass, § 124, S. 603; Oertmann, Allg. österr. Ger., S. 201; Ramdohr, Bd. I, S. 194; Scherer zu § 656, Bem. 2; Stammler, S. 29; Ubbelohde, Jher. Jahrb., Bd. 38, S. 221; Weyl, S. 317; Windscheid-Kipp, Bd. II, S. 289; Warneyer, Bd. I, zu § 656, I, S. 1077; R.-G., Bd. 46, S. 153; Bd. 46, S. 177 ff.

[56]) Vgl. Enneccerus, I, § 378, IV, 3

e) Verpflichtungen aus sittlichen Pflichten und Anstandsrücksichten.

Während bei den bisher behandelten Fällen das Vorliegen von Naturalobligationen unzweifelhaft war, und diese Auffassung auch von der herrschenden Meinung geteilt wurde, gehen die Ansichten bezüglich der Verpflichtungen aus sittlichen und Anstandspflichten vielfach auseinander. Es handelt sich hier um Fälle, in denen Verbindlichkeiten nach der Rechtsordnung zwar nicht begründet werden, wohl aber durch die Gesetze der Moral und der Sitte.

§ 814 BGB. lautet: „Das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zurückgefordert werden, wenn . . . die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach."

Der Gesetzgeber ging also von der Ueberlegung aus, daß Recht und Moral in Einklang gebracht werden müßten[57]).

Für das Vorliegen einer Naturalobligation, die hier den Ausgleich schaffen sollte, spricht einmal die Tatsache der Klaglosigkeit, dann aber auch der Ausschluß der Rückforderung im Falle der Leistung, selbst wenn dies in der irrigen Vorstellung erfolgte, daß eine Rechtspflicht zur Leistung bestand[58]).

Demgegenüber wird nun behauptet, daß hier nicht einmal eine natürliche Verbindlichkeit vorliege, sondern überhaupt keine Verpflichtung, und daß deshalb die Leistung nach § 814 als Schenkung anzusehen sei[59]). Zur Begründung dieser Auffassung wird darauf hingewiesen, daß im Gesetz wiederholt von „Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird", die Rede sei. (So z. B. § 534.)

Diese Begründung wird man keinesfalls gelten lassen können. Das Gesetz spricht im § 814 ausdrücklich von „Leistungen", während in den anderen Fällen eben von „Schenkungen" die Rede ist[60]).

---

[57]) Vgl. Protokolle, Bd. II, S. 698.

[58]) Von einer Naturalobligation sprechen: Von Buchka, S. 62; Eck, Vortr., S. 232; Enneccerus, I, 2, S. 10; Klingmüller, S. 231 ff.; Kowalski, S. 40 ff.; Matthiass, § 72, S. 321; Roth, S. 55 ff.; Scherer, zu § 814, Anm. 10; Stammler, S. 30; Ubbelohde, Jher. Jahrb., Bd. 38, S. 221; Windscheid-Kipp, Bd. II, S. 191; Badt, S. 39 ff. Zum gleichen Ergebnis kommt Endemann, § 99, c, S. 587, und ebenda Anm. 17, indem er eine sittliche Pflicht als juristisch wirkend anerkennt. Die „halbrechtliche Anerkennung" reiche hin, um einen rechtlichen Grund für die bewirkte Leistung zu bilden.

[59]) Vgl. Dernburg, B. R., Bd. II, § 3, S. 13; Crome, Bd. II, § 140, S. 17 ff. Eine Naturalobligation lehnen für diesen Fall ferner ab: Allendorf, S. 29 ff.; Cosack-Mitteis, § 202, IV, 1; Mahler, S. 80 ff.; Oertmann, Allg. österr. Ger., S. 203 f.

[60]) Vgl. Klingmüller ,S. 242. — Vgl. auch den Gesetzestext der §§ 534, 1446, 1641, 1804, 2113, 2330.

Natürlich kann die Erfüllung einer Anstandspflicht auch eine Schenkung sein, damit ist aber nicht gesagt, daß sie immer Schenkung sein muß[61]).

Der ausschlaggebende Unterschied zwischen den beiden Fällen liegt in einem rein subjektiven Moment, nämlich in der Absicht, in der geleistet wurde[62]).

Die Schenkung ist ein Vertrag, bei dem sich beide Vertragspartner darüber einig sind, daß es sich um eine „freiwillige" Vermögenszuwendung seitens des Gebers handelt. Anders bei der Leistung auf Grund einer Anstandspflicht! Die Leistung wird hier als selbstverständlich erwartet, ihre Unterlassung gilt als unanständig (Trinkgelderzwang oder Unterhaltungspflicht bedürftiger Verwandter!)[63]). Während also bei der Schenkung sowohl beim Geber, wie beim Empfänger die übereinstimmende Willensmeinung bestehen muß, daß eine Schenkung, d. h. eine im freien Belieben des Gebenden stehende Handlung, vorliegt, ist dies bei der Leistung aus sittlicher Pflicht nicht der Fall, vielmehr fühlt sich hier der Leistende verpflichtet, der Empfangende berechtigt. Zugegeben werden muß allerdings, daß die Grenze zwischen beiden Fällen flüssig und daher manchmal nur schwer festzustellen ist.

Als sittliche Pflicht ist im BGB. die Ausstattungspflicht der Eltern anzusehen, ein Fall, der im § 1624 besonders hervorgehoben ist:

„Was einem Kinde mit Rücksicht auf seine Verheiratung oder auf die Erlangung einer selbständigen Lebensstellung zur Begründung oder zur Erhaltung der Wirtschaft oder der Lebensstellung von dem Vater oder der Mutter zugewendet wird (Ausstattung), gilt, auch wenn eine Verpflichtung nicht besteht, nur insoweit als Schenkung, als die Ausstattung das den Umständen, insbesondere den Vermögensverhältnissen des Vaters oder der Mutter entsprechende Maß übersteigt.

Die Verpflichtung des Ausstattenden zur Gewährleistung wegen eines Mangels im Rechte oder wegen eines Fehlers der Sache bestimmt sich, auch soweit die Ausstattung nicht als Schenkung gilt, nach den für die Gewährleistungspflicht des Schenkers geltenden Vorschriften."

Daß für die Eltern zur Gewährung der Ausstattung keine Rechtspflicht besteht, sondern nur eine sittliche Pflicht, geht hieraus klar hervor. Ebenso deutlich wird aber gesagt, daß die Gewährung der Ausstattung keine Schenkung ist, sondern die wahre Erfüllung einer Verbindlichkeit. Lediglich das, was über das Angemessene hinausgeht, wird als Schenkung angesehen, und dies mit Recht. Denn zu einer die Vermögensverhältnisse übersteigenden Leistung kann es niemals eine „sittliche Pflicht oder Anstandsrücksicht" geben. Hier liegt es fraglos näher,

[61]) Vgl. Kowalski, S. 41.
[62]) Vgl. Siber, Rechtszwang, S. 51 ff.
[63]) Vgl. Kowalski, S. 41 f.

statt von einer Verpflichtung seitens des Leistenden bzw. von einer Berechtigung des Empfangenden, von einer freiwilligen Vermögenszuwendung des Gebenden und einer entsprechenden Vorstellung des Nehmenden, also einer Schenkung zu sprechen.

Die angemessene Ausstattung ist aber keine Schenkung, sondern wie alle Forderungen aus sittlichen und Anstandspflichten eine Naturalobligation, was sich außer in der Klaglosigkeit noch in dem Ausschluß der Rückforderung und der Ansehung des Geleisteten als wahre Erfüllung zeigt.

Im Gegensatz zu den oben erwähnten natürlichen Verbindlichkeiten können die sittlichen Pflichten und Anstandsrücksichten die Grundlage für ein rechtlich wirksames Anerkenntnis bilden, denn § 812, Abs. 2, bestimmt: „Als Leistung gilt auch die durch Vertrag erfolgte Anerkennung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses." Während in den anderen Fällen das Anerkenntnis einer natürlichen Verbindlichkeit dieser durch das Gesetz ausdrücklich gleichgestellt wird (vgl. §§ 656, 762), findet sich eine entsprechende Vorschrift im § 814 nicht. Der obigen Annahme stehen also keinerlei Bedenken entgegen[64]).

§ 3. Die verjährte Forderung:

Eine Eventualnaturalobligation.

Die bisher behandelten Naturalobligationen wird man zur Unterscheidung von der jetzt zu untersuchenden verjährten Forderung am zweckmäßigsten als gewöhnliche oder echte Naturalobligationen bezeichnen. Denn die verjährte Forderung nimmt, wie im Kommenden gezeigt werden soll, unter den natürlichen Verbindlichkeiten eine ganz besondere Stellung ein.

Die verjährte Schuld ist, wie es Badt[65]) treffend ausdrückt, eine „Eventualnaturalobligation", d. h. sie ist nur eventuell, nur bedingt eine Naturalobligation, nämlich nur dann, wenn von dem Schuldner die Verjährungseinrede geltend gemacht wird. An und für sich liegt also bei der von der Verjährung betroffenen Forderung eine vollgültige Obligation vor, mit allen ihr eigenen Merkmalen und Wirkungen: Die Mahnung hat den Verzug des Schuldners zur Folge, die Forderung kann eingeklagt werden, der Beklagte, der zum Verhandlungstermin nicht erscheint, wird durch Versäumnisurteil zur Leistung verurteilt und — dies ist als Gegensatz zu den oben erwähnten „echten

[64]) Vgl. Klindmüller, S. 241; Roth, S. 56; Staudinger, Bd. II, 1, Vorbem. 9, b; Stammler, S. 30; Ubbelohde, Jher. J., Bd. 38, S 221.

Der Grund für diese Bevorzugung der sittlichen Pflicht liegt darin, daß der Gesetzgeber sie im Gegensatz zu den anderen natürlichen Verbindlichkeiten zwar billigt, ihr aber doch keine volle Anerkennung gewähren kann.

[65]) Badt, S. 42 ff.

Naturalobligationen" besonders hervorzuheben — die Verjährung darf nicht von Amts wegen berücksichtigt werden[66]).

Wird z. B. eine Spiel- oder Wettschuld klageweise geltend gemacht, so hat der Richter die Klage abzuweisen. Bei der verjährten Forderung hingegen darf er dies nicht tun, selbst wenn er die vollendete Verjährung aus dem Tatbestande ersieht.

Man kann folglich bei der verjährten Schuld auf keinen Fall von einer Naturalobligation sprechen, solange der Verjährungseinwand nicht erhoben wird.

Schützt aber der Schuldner — womit in der Regel zu rechnen ist — die Einrede der Verjährung vor, dann handelt es sich um eine Naturalobligation, die allerdings noch besonders starke Wirkungen hervorbringt.

Hinsichtlich der Frage nach der Wirkung der Verjährung auf die obligatorischen Ansprüche standen sich im gemeinen Recht zwei Richtungen gegenüber, einerseits die Anhänger der „stärkeren Wirkung[67])", die die Anspruchsverjährung vertraten, andererseits die Anhänger der sogenannten „schwächeren Wirkung"[68]), die sich für die Klageverjährung einsetzten.

Unter „Anspruchsverjährung" wurde die Verjährung des Anspruchs verstanden, die zur notwendigen Folge haben sollte, daß jede Geltendmachung des verjährten Anspruchs grundsätzlich ausgeschlossen wird, da das persönliche Forderungsrecht mit dem Anspruch identisch ist. Die Forderung würde also in diesem Falle nach vollendeter Verjährung keinerlei Wirkung mehr äußern können, vielmehr die Obligation vollkommen erlöschen, so daß auch das Fortbestehen einer Naturalobligation nicht mehr angenommen werden könnte.

Dagegen verjährt, wenn man der Klageverjährung folgt, nicht der Anspruch, sondern das Klagerecht, d. h. das subjektive Recht des Leistungsberechtigten gegenüber dem widersprechenden Willen des Verpflichteten auf Verwirklichung seines Anspruchs, das eben in der Klage seinen Ausdruck und Niederschlag findet. Nach vollendeter Verjährung kann hier der Berechtigte sein Recht im Prozeßwege nicht mehr geltend machen, desungeachtet aber bleibt das materielle Recht als solches bestehen. In diesem Falle würde also bei der verjährten Forderung die Klage versagt werden müssen, die Obligation aber würde als unvollkommene Verbindlichkeit bestehen bleiben.

Der Streit zwischen den beiden Richtungen hat dann erheblich an Schärfe verloren, als insbesondere Windscheid[69]), der

---

[66]) Vgl. Crome, Bd. I, § 117, S. 520; Endemann, Bd. I, S. 562; Enneccerus, I, 2, S. 10; Heymann, S. 154 ff.; Kowalski, S. 59; Mahler, S. 67 f.; Siber, Rechtszwang, S. 49; Zitelmann, S. 179.

[67]) Windscheid, Pand., Bd. I, § 112; Bekker, Jahrb. d. gem. R., Bd. IV, S. 408 ff.

[68]) Savigny, Syst., Bd. V, S. 366 ff.; Puchta, Pand., § 92; Dernburg, Pand., Bd. I, § 150, S. 357.

Hauptvertreter der Anspruchsverjährung anerkannte, daß die Zahlung einer verjährten Schuld keine Schenkung sei. Zu dieser Konstruktion sahen sich die Anhänger der Anspruchsverjährung ursprünglich gezwungen, um den Ausschluß der soluti repetitio erklären zu können.

Die Frage, welcher Richtung das BGB. gefolgt ist, bedarf einer näheren Untersuchung:

Nach den Motiven[70]) soll sich das BGB. für die „stärkere Wirkung" entschieden haben. Tatsächlich war auch der 7. Abschnitt des ersten Entwurfes mit „Anspruchsverjährung" überschrieben. Dieser Ausdruck wurde zwar im zweiten Entwurf infolge der scharfen Kritik fallen gelassen[71]), aber der Wortlaut des § 194 BGB. scheint dennoch für die Beibehaltung der „Anspruchsverjährung" zu sprechen. Dieser Paragraph lautet:

„Das Recht, von einem anderem ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen (Anspruch), unterliegt der Verjährung." Trotzdem diese Bestimmung dem Wortlaut nach offenbar der Anspruchsverjährung folgt, hat sich das Gesetz inhaltlich zweifellos dem Prinzip der Klageverjährung angeschlossen.

Als Erklärung kann vielleicht angenommen werden, daß der vom Gesetzgeber gebrauchte Ausdruck nicht ganz treffend ist[72]). Die Bezeichnung „Anspruch" ist auf eine Anregung Windscheids zurückzuführen, der sie überall da, wo die Römer von „actio" sprachen, eingesetzt wissen wollte[73]). Die „actio" ist aber deshalb nicht identisch mit „Anspruch". Denn während die „actio" nur das klagbare Recht darstellt[74]), d. h. nur dasjenige Recht, bei dem die Möglichkeit einer unmittelbaren gerichtlichen Geltendmachung eo ipso besteht[75]), ist der „Anspruch" viel umfassender. Er ist schlechthin das Recht, etwas zu verlangen, also — im Gegensatz zur „actio" — auch außergerichtlich. Dies zeigt sich z. B. klar beim Anspruch eines dinglich Berechtigten auf Unterlassung, wo die „actio" nur in Erscheinung treten könnte, wenn dieser Anspruch von einem Dritten verletzt wird.

Die Bezeichnung „Klagerecht" für „Anspruch" einzusetzen, war deshalb nicht angängig weil es ein formelles, d. h. prozeßrechtliches, und ein materielles, d. h. zivilrechtliches, Klagrecht

---

[69]) Windscheid, Pand., Bd. I, § 112, Anm. 3, a.

[70]) Mot., Bd. I, S. 342.

[71]) Vgl. Hölder, im Arch. f. ziv. Prax., Bd. 73.

[72]) Vgl. Leonhard, Allg. Teil, S. 193; Badt, S. 45.

[73]) Vgl. Windscheid-Kipp, Bd. I, S. 189; Windscheid, actio.

[74]) Vgl. l. 51, D. 44, 7: „nihil aliud est actio quam ius, quod sibi debetur, iudicio persequendi."

[75]) Daher ist die Gleichstellung von actio und Klage berechtigt. Vgl. S. 5. Gemeint ist selbstverständlich nur Klage im zivilrechtlichen Sinne. Allerdings wird der Anspruch, weil er in der Regel klagbar ist, gewöhnlich der actio entsprechen. Vgl. Enneccerus, I, 1, § 203, II.

gibt, das formelle Klagrecht aber nicht verjährt (vgl. z. B. Feststellungsklagen[76]). Auch „Rechtsverjährung" ist zweideutig, da bei dinglichen Ansprüchen das dingliche Recht von der Verjährung nicht berührt wird. Die Bezeichnung „Forderung", die vor allem von Fischer[77]) und Hölder[78]) befürwortet wurde, war nicht empfehlenswert, weil in diesem Falle auch dingliche Ansprüche als „Forderungen" hätten bezeichnet werden müssen, was der juristischen Terminologie widerspricht[79]). Denn die Forderung stellt immer nur ein persönliches Recht dar[80]), so daß der Ausdruck „dingliche Forderung" einen Widerspruch enthalten würde.

Mit Recht entschieden sich also die Redaktoren des BGB. für den Ausdruck „Anspruch" und damit äußerlich für die „Anspruchsverjährung", ohne sich aber — dies ist jetzt erklärlicher — auch inhaltlich zur Anspruchsverjährung zu bekennen. Denn wenn auf der einen Seite bestimmt wird, daß der Anspruch der Verjährung unterliege (äußerlich also: Anspruchsverjährung!), auf der anderen Seite aber der verjährten Forderung Funktionen zuerkannt werden, die unverkennbar auf das Bestehenbleiben des Anspruchs und damit auf das lediglich Fortfallen der Klagbarkeit hindeuten (inhaltlich also: Klageverjährung!), so ist damit der Streit zwischen den beiden Richtungen praktisch zugunsten der Klageverjährung entschieden worden[81]).

In der Tat zeigt sich bei näherer Betrachtung, daß die verjährte Forderung noch Wirkungen hervorbringt, die undenkbar wären, wenn man nicht das Fortbestehen eines Anspruchs — sei es auch eines abgeschwächten — annehmen wollte.

§ 223 BGB. bestimmt: „Die Verjährung eines Anspruchs, für den eine Hypothek oder ein Pfandrecht besteht, hindert den Berechtigten nicht, eine Befriedigung aus dem verhafteten Gegenstande zu suchen.

Ist zur Sicherung eines Anspruchs ein Recht übertragen worden, so kann die Rückübertragung nicht auf Grund der Verjährung des Anspruchs gefordert werden."

Wie ließe sich diese Vorschrift erklären, wenn man überhaupt keine rechtliche Verpflichtung und damit keinen Anspruch mehr bei der verjährten Forderung anerkennen wollte!

Hier zeigt sich vielmehr deutlich, daß der Anspruch, dem das Pfand dient, nicht untergegangen ist. Denn Hypothek und Pfandrecht dienen begrifflich zur Sicherung einer Forderung.

---

[76]) Mot., I, S. 290; Hölder, Kom., Anm. 3 zu § 194.
[77]) Recht u. Rechtssch., S. 64 ff.
[78]) Arch. f. ziv. Prax., Bd. 73, S. 141.
[79]) Vgl. Leonhard, Ztschr. f. d. dtsch. Ziv.-Pr., Bd. 15, S. 332 ff.
[80]) Vgl. d. Arb., S. 65 ff.
[81]) Vgl. Enneccerus, I, 1, § 218, III; Mahler, S. 64; Oertmann, Bd. I, S. 711.

Sie setzen also immer eine solche voraus. Die Richtigkeit dieser Behauptung ergibt sich aus § 1250 BGB., wonach das Pfandrecht an die Forderung gebunden ist und infolgedessen mit der Forderung erlischt. Es müßte also, wollte man annehmen, daß die Forderung mit vollendeter Verjährung untergehe, auch das zur Sicherung dieser Forderung bestellte Pfandrecht erlöschen[82]). Dies ist aber nach dem Gesetz nicht der Fall. Richtigerweise ist daher aus § 223 zu folgern, daß der Anspruch trotz Verjährung weiterbesteht.

Die verjährte Forderung ist schließlich kompensationsfähig, und zwar nach § 390 Satz 2 BGB., wenn sie zu der Zeit, zu der sie aufgerechnet werden konnte, noch nicht verjährt war.

Man kann diese ungewöhnlichen Wirkungen der verjährten Forderung nicht, wie es von verschiedener Seite geschieht, nur darauf zurückführen, daß der Gesetzgeber die Erfüllung derartiger Schulden aus Billigkeitsrücksichten weitgehendst begünstigen wollte[83]). Unverkennbar sind derartige Erwägungen bei der Abfassung der Gesetze mitbestimmend gewesen[84]), aber keinesfalls wird damit die rechtliche Natur der verjährten Schuld erklärt.

§ 222 Abs. 1 BGB. lautet: „Nach Vollendung der Verjährung ist der Verpflichtete b e r e c h t i g t, d i e L e i s t u n g z u v e r w e i g e r n."

Der entsprechende Paragraph des ersten Entwurfes — dort als § 182 — lautete folgendermaßen[85]): „Nach Vollendung der Verjährung steht dem Anspruch eine Einrede entgegen, durch welche die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen wird."

Daraus geht eindeutig hervor, daß durch die Verjährung der Anspruch des Gläubigers nicht etwa aufgehoben wird, sondern daß lediglich dem Schuldner eine Einrede gewährt wird, die ihm das Recht gibt, die geschuldete Leistung zu verweigern. Wird von dieser Einrede Gebrauch gemacht, dann ist die Geltendmachung des Anspruchs ausgeschlossen, dieser also gewissermaßen gehemmt, aber keinesfalls vernichtet[86]).

Demgegenüber behauptet Hellwig[87]), daß der Schuldner durch die Erklärung der Leistungsverweigerung den Anspruch des Gläubigers völlig aufhebe. Er vergleicht die perempto-

---

[82]) Vgl. Badt, S. 52.

[83]) Vgl. Kowalski, S. 61.

[84]) Prot., Bd. I, S. 362 ff.

[85]) Im zweiten Entwurf als § 187.

[86]) Vgl. Cosack-Mitteis, Bd. I, S. 309; Enneccerus, S. 612; Mahler, S. 65; Klingmüller, S. 217 ff.; Oertmann, Bd. I, S. 705, S. 711; Planck, Bd. II, 2 zu § 222; Windscheid-Kipp, Bd. II, S. 193; Warneyer, Bd. I zu § 222, I, S. 377.

[87]) Anspr. u. Klagr., S. 9 f.; ders. Zivilproz., Bd. I, S. 249; ebenso Kowalski, S. 58.

rische[88]) Einrede der Verjährung mit einem Anfechtungsrecht, das gegenüber dem verjährten Anspruch gegeben sei. Diese Anfechtung unterliege allerdings nicht den Normen über die gewöhnliche Anfechtung, sei aber eine rechtsaufhebende Tatsache und beseitige daher den Anspruch.

In ähnlicher Weise vertritt Hölder[89]) die Auffassung, daß der Anspruch durch die Verjährung anfechtbar werde. Mache der Schuldner die Einrede der Verjährung geltend, so liege darin die Anfechtung des gegnerischen Anspruchs, der dadurch getilgt werde. Auch er betont aber, daß dieses Anfechtungsrecht von dem sonstigen abweiche.

Ganz abgesehen davon, daß in der Leistungsverweigerung immer eine defensive, in der Anfechtung dagegen eine aggressive Handlung liegt, und abgesehen davon, daß es als willkürlich erscheinen muß, eine besondere Anfechtung zu schaffen, ist die von Hellwig und Hölder vertretene Ansicht m. E. aus folgenden Gründen abzulehnen:

Der verjährte Anspruch übt eine Reihe oben dargelegter Wirkungen aus, die nicht zu erklären wären, wenn man einen Anspruch überhaupt leugnen wollte. Folgt man ihrer Auffassung, so billigt man eine Konstruktion, die im Widerspruch zu den gesetzlichen Bestimmungen steht (vgl. §§ 223 Abs. 1 und 2, 390).

Aber auch der Gesetzgebungszweck, der der Entkräftung von Rechtsgeschäften durch Anfechtung und der Entkräftung von Ansprüchen durch Einrede zugrunde liegt, ist völlig verschieden[90]).

Schließlich ist aber darauf hinzuweisen, daß das BGB., wenn von einer Anfechtung eines Rechtes die Rede ist, dies ausdrücklich ausspricht.

Daraus ergibt sich die Richtigkeit der oben vertretenen Auffassung, daß der Anspruch trotz Verjährung weiterbesteht, aber mit einer Einrede behaftet ist, die seine Geltendmachung dauernd ausschließt[91])[92]).

Aus den vorstehenden Ausführungen geht hervor, daß im Falle der Geltendmachung der Verjährung die geschuldete Leistung nicht erzwingbar, d. h. nicht klagbar ist. Nach § 222

---

[88]) Die Bezeichnung „zerstörliche Einrede" ist abzulehnen, da diese Einrede, wie oben gezeigt, den Anspruch nicht zerstört, sondern nur für dauernd ausschließt.

[89]) Vgl. Kom. z. allg. Teil, S. 447, Anm. 1; ders. Zeitschr. f. z. Pr., Bd. 29, S. 73 ff.

[90]) Badt, S. 50.

[91]) Friedenthal, S. 69; Fischer-Henle zu § 202, A. 6; Planck, Bd. I, Vorb. Z. 6, Abs. 5; Siber, Rechtszw., S. 143 (anders in Jher. J., Bd. 50, S. 70); Staffel, Sächs. Arch., Bd. 10, S. 665 ff.; Suppes, S. 39 ff.; v. Thur, Bd. I, S. 309. Vgl. d. Arb., S. 42, Anm. 2.

[92]) Im Widerspruch zu seiner Grundidee läßt Hellwig in „Prozeßhandl. u. Rechtsgeschäft" (Festschrift für Gierke), S. 29, wenigstens Rücknahme der Verweigerungserklärung zu.

Abs. 2 kann ferner das zur Befriedigung eines verjährten Anspruchs Geleistete nicht zurückgefordert werden, auch wenn die Leistung in Unkenntnis der Verjährung bewirkt worden ist. Daraus ist ersichtlich, daß die Leistung als vollgültige solutio anzusehen ist, und daß die condictio indebiti ausgeschlossen ist. Schenkung, die man früher in diesem Falle annahm, ist schon deswegen abzulehnen, weil der animus donandi fehlt. Damit sind die charakteristischen Merkmale der Naturalobligation festgestellt, wobei allerdings wieder darauf hingewiesen werden muß, daß es sich bei der verjährten Forderung nur dann um eine natürliche Verbindlichkeit handelt, wenn die Verjährung vorgeschützt wird; andernfalls liegt eine vollgültige Obligation vor. Der Ausdruck „Eventualnaturalobligation" ist also durchaus zutreffend[93]).

Die im BGB. vorhandenen natürlichen Verbindlichkeiten sind damit erschöpft. Das Wertvolle des gefundenen Begriffes liegt in der Möglichkeit, eine Reihe gleichartiger, in ihren Wirkungen ähnlicher Verbindlichkeiten unter einer gemeinsamen Bezeichnung zusammenzufassen. Dem steht nicht entgegen, daß die oben aufgeführten Naturalobligationen in verschiedenen Wirkungen voneinander abweichen. Die gekennzeichneten Begriffsmerkmale sind zweifellos die wesentlichsten Eigenschaften dieser unvollkommenen Verbindlichkeiten und gleichzeitig diejenigen, die allen gemeinsam sind, so daß die Zusammenfassung unter einem einheitlichen Begriff notwendig und durchaus berechtigt ist.

Staudinger[94]) scheidet die Naturalobligationen in solche des stärkeren und des schwächeren Grades, will aber auch die Ansprüche aus sittlichen Pflichten und Anstandsrücksichten neben der verjährten Forderung zu denen des stärkeren Grades zählen, weil sie — ebenso wie die verjährte Schuld — ein vertragsmäßiges Anerkenntnis oder die Bestellung einer Sicherheit zulassen.

Diese Einteilung ist m. E. nicht gerechtfertigt, da Ansprüche aus sittlicher Pflicht viel mehr mit den anderen Naturalobligationen gemeinsam haben als mit der verjährten Forderung. Diese ist, wie gezeigt wurde, an sich eine vollgültige Obligation, die erst — schon diese Tatsache rechtfertigt ihre Sonderstellung — durch das Vorschützen der Verjährung zur natürlichen Verbindlichkeit wird, aber auch dann noch weit stärkere

[93]) Eine Naturalobligation lehnen ab: Mahler, S. 62 ff.; Oertmann, Allg. österr. Ger., S. 200; Ramdohr, S. 194; Siber, Rechtszw., S. 49; die überwiegende Mehrzahl der Autoren nimmt aber eine natürliche Verbindlichkeit an. Praktisch zum gleichen Ergebnis wie im obigen Text kommt Kowalski, S. 58 ff.

[94]) Staudinger, Bd. II, 1. Teil, Vorb. 9, S. 14.

Wirkungen hervorbringt als die sittliche Verpflichtung, die man daher mit größerem Rechte den anderen unvollkommenen Verbindlichkeiten zurechnen wird.

Der Einteilung in Naturalobligationen stärkeren und schwächeren Grades kann dagegen zugestimmt werden, wenn nur die verjährte Forderung als eine natürliche Verbindlichkeit stärkerer Wirkung bezeichnet wird, oder wenn sie nur zu einer ganz allgemeinen Charakteristik dienen soll[95]).

Vielfach wird die Naturalobligation auch als eine „Schuld ohne Haftung" bezeichnet in Anlehnung an die deutschrechtliche Trennung von Schuld und Haftung[96]).

Diese Definition gibt zwar die äußeren Merkmale der natürlichen Verbindlichkeit wieder und erscheint deshalb sehr einleuchtend, vermag aber andererseits nicht, das rechtliche Wesen der Naturalobligation zu erklären[97]), ganz abgesehen davon, daß dem heutigen Recht grundsätzlich eine Trennung von Schuld und Haftung fremd ist (Ausnahmefall: Die beschränkte Erbenhaftung), die Schuld daher das Moment der Haftung immer in sich enthält.

Die natürlichen Verbindlichkeiten als „Erfolgsverbindlichkeiten" zusammenzufassen, d. h. als solche, die das BGB. erst mit der Erfüllung und um der Erfüllung willen als vollgültige Verbindlichkeiten anerkennt"[98]), scheint nicht sehr glücklich. Denn der Erfolg, d. h. die Erfüllung, ist nicht geeignet zur Charakterisierung einer Verbindlichkeit, deren hervorstechendste Eigenschaft gerade in ihrer Unvollkommenheit liegt[99]).

Kurz zu erwähnen ist noch eine Reihe von Fällen, bei denen einzelne Schriftsteller deshalb zu Unrecht von Naturalobligationen sprechen, weil ihre Begriffsmerkmale nicht vorliegen.

§ 4. Die zu Unrecht als Naturalobligationen bezeichneten Verbindlichkeiten.

a) Anspruch des Besitzers auf Ersatz von Verwendungen (§§ 1000, 1001).

Von verschiedener Seite wird der Anspruch des Besitzers auf Ersatz der von ihm gemachten Verwendungen als Natural-

[95]) In diesem letzten Sinne macht offenbar Enneccerus, I, 2, S. 10, die obige Scheidung.

[96]) Staudinger a .a. O., S. 14; Schäfer, S. 440; Brückner, S. 34 u. 36. Das Nähere über diese Trennung von Schuld und Haftung vgl. insbesondere O. Oierke, Schuld u. Haftung i. ält. dtsch. Rech.

[97]) So Enneccerus, I, 2. S. 9, Anm. 3.

[98]) Levy, S. 24 ff.

[99]) Vgl. auch Mahler, S. 19 f.

obligation bezeichnet[100]). Dies wird damit begründet, daß der Besitzer seinen Anspruch nur dann einklagen könne, wenn der Eigentümer die Sache wiedererlangt oder die Verwendungen genehmigt habe. Seien diese Voraussetzungen nicht erfüllt, dann liege eine natürliche Verbindlichkeit vor. Denn der Anspruch sei nicht klagbar; erstatte der Eigentümer die Verwendungen freiwillig, so könne er wegen der soluti retentio die Rückforderung nicht verlangen.

Demgegenüber muß festgestellt werden, daß von einer nicht erzwingbaren, d. h. dauernd klaglosen Forderung im Sinne der Naturalobligation hier nicht die Rede sein kann. Der Besitzer hat zunächst gemäß § 1000 BGB. ein Zurückbehaltungsrecht für seine Forderung, das zwar nicht zur direkten Befriedigung führt, aber auf den Gegner einen Druck ausübt.

Kommt die Sache, auf die die Verwendungen gemacht worden sind, in den Besitz des Eigentümers zurück, so wird der Anspruch gemäß § 1001 überhaupt klagbar. Erfolgt aber die erforderliche Genehmigung des Eigentümers nicht, so kann der Besitzer diesem unter Angabe des verlangten Ersatzes eine angemessene Frist setzen, innerhalb deren der Eigentümer sich darüber zu erklären hat, ob er die Verwendungen genehmigt. Erfolgt die Genehmigung, so ergibt sich die Möglichkeit der Klage aus § 1001. Erfolgt keine Erklärung, so kann sich der Besitzer ohne Klageerhebung zwangsweise aus der Sache befriedigen (§ 1003 Abs. 1). Wird aber vor Ablauf der Frist der Anspruch von dem Eigentümer bestritten, so kann der Besitzer sich gleichfalls zwangsweise befriedigen, muß aber vorher den Betrag der Verwendung nach § 1003 Abs. 2 durch Urteil feststellen lassen, den Eigentümer unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung auffordern und diese Frist verstreichen lassen.

Man kann also in diesem Falle nicht wie bei den anderen natürlichen Verbindlichkeiten von einer klaglosen Forderung sprechen. Damit fällt auch die Notwendigkeit fort, die Erfüllung als vollgültige solutio zu fingieren. Es handelt sich eben um eine vollgültige Obligation[101]) [102]).

b) Fall des § 110 BGB.

Zu den Naturalobligationen wird von Kipp[103]) auch der Fall des § 110 BGB. gerechnet.

---

[100]) Vgl. Enneccerus, I, 2, § 227, II, 4, d, S. 10; Kipp bei Windscheid, Pand., Bd. II, S. 193; Matthiass, Bürg. R., Bd. I, S. 321; Ubbelohde, Jher. J., Bd. 38, S. 218.

[101]) Vgl. Badt, S. 58; Endemann, § 99, S. 587, Anm. 16, a; Klingmüller, S. 248; Kowalski, S. 62 f.; Langheineken, S. 188; Mahler, S. 76 f.; Oertmann, Allg. österr. Ger., S. 202; Roth, S. 62 f.

[102]) Das Entsprechende gilt für die §§ 972, 2022.

[103]) Vgl. Kipp bei Windscheid, Pand., Bd. II, S. 192.

Die von einem Minderjährigen ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters eingegangene Verbindlichkeit gilt gemäß § 110 als von Anfang an wirksam, wenn der Minderjährige die vertragsmäßige Leistung mit Mitteln bewirkt, die ihm zum Zwecke der Erfüllung eines derartigen Vertrages oder zur freien Verfügung von dem Vertreter oder mit dessen Zustimmung von einem Dritten überlassen worden sind. Hieraus folgert Kipp das Vorliegen einer Naturalobligation, weil der Minderjährige auf Erfüllung des von ihm eingegangenen Vertrages nicht verklagt werden könne. Erfülle er aber mit den ihm überlassenen Mitteln die Verbindlichkeit, so könne die Leistung nicht zurückverlangt werden.

Diese Interpretion des klaren Gesetzestextes ist nicht zulässig. § 108 BGB. erklärt den von einem Minderjährigen geschlossenen Vertrag für unwirksam oder, besser ausgedrückt, für schwebend unwirksam. D. h. es besteht zunächst überhaupt keine Verbindlichkeit, nicht einmal eine natürliche. Wie aber die Genehmigung seitens des gesetzlichen Vertreters einen derartigen Vertrag mit rückwirkender Kraft zur vollwirksamen Obligation macht, so auch im Fall des § 110 die mit den oben erwähnten Mitteln bewirkte Leistung. Der Vertrag ist also in diesem Falle als ein von Anfang an klagbares Rechtsverhältnis anzusehen. Die Erfüllung ist die Tilgung einer vollgültigen Verbindlichkeit, nicht etwa die einer unvollkommenen; von einer Naturalobligation kann mithin nicht die Rede sein[104]) [105]).

c) Die formlosen, nachträglich geheilten Verträge.

Bei verschiedenen Verträgen, die an sich wegen Nichtbefolgung der im Gesetz vorgeschriebenen Form gemäß § 125 BGB. nichtig sind, läßt das Gesetz nachträgliche Heilung der Nichtigkeit durch Erfüllung zu. In Frage kommen die §§ 313 (Vertrag über eine Grundstücksübereignung), 518 (Schenkungsversprechen) und 766 (Bürgschaftsversprechen).

In diesen Fällen nehmen einige Schriftsteller[106]) natürliche Verbindlichkeiten an, weil diese formwidrigen Verträge nicht klagbar seien, das Geleistete aber nach Erfüllung nicht zurückgefordert werden könne.

Dem ist entgegenzuhalten, daß diese der gesetzlichen Form ermangelnden Verträge nichtig sind, und somit rechtlich überhaupt nicht bestehen, auch nicht als natürliche Verpflichtungen. Durch die Erfüllung werden sie aber, genau so wie im Falle des § 110, zu vollwirksamen Verbindlichkeiten. Ausdrücklich

[104]) Vgl. Badt, S. 54; Enneccerus, I, 2, S. 10, Anm. 5; Kowalski, S. 65 f.; Langheineken, S. 187; Mahler, S. 70 f.; Oertmann, Allg. österr. Ger., S. 202; Roth, S. 58.

[105]) Das Entsprechende gilt für § 114 BGB.

[106]) Kipp bei Windscheid, Bd. II, S. 192; Krückmann, S. 176; Matthiass, § 72, S. 321; Scherer zu § 766, Note 5; Ubbelohde, Jher. J., Bd. 38, S. 219 f.

spricht § 313 davon, daß die Erfüllung den Vertrag „seinem ganzen Inhalte nach" gültig mache, d. h. also mit allen mündlichen und schriftlichen Nebenabreden. Ganz ähnlich verhält es sich bei den §§ 518 und 766. Nicht nur die Erfüllung ist rechtsbeständig, sondern auch der gesamte Inhalt dieser Verträge wird durch eine Art Zurückbeziehung vollwirksam[107]).

d) Das turpiter promissum (§ 817 BGB.).

§ 817 BGB. bestimmt:

„War der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt, daß der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat, so ist der Empfänger zur Herausgabe verpflichtet. Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt, es sei denn, daß die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand; das zur Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zurückgefordert werden."

Hieraus den Schluß ziehen zu wollen, daß das turpiter promissum eine Naturalobligation erzeuge[108]), ist nicht angängig. Das vorgenommene Rechtsgeschäft verstößt gegen die guten Sitten und ist aus diesem Grunde nach § 138 Abs. 1 nichtig. Die Rückforderung ist im § 817 nicht deshalb ausgeschlossen, weil in der erfolgten Leistung die Erfüllung einer Verbindlichkeit erblickt wird, sondern weil das Gesetz den Grundsätzen folgte: „si et dantis et accipientis turpis causa est, potior esse debet causa possessoris[109])" oder „in pari turpitudine melior est conditio possidentis[110]) [112])".

e) Anspruch auf eine unverhältnismäßig hohe Vertragsstrafe (§ 343 BGB.).

Zum Schutze des wirtschaftlich Schwächeren findet sich im § 343 BGB. die Bestimmung, daß eine verwirkte Vertragsstrafe, die unverhältnismäßig hoch ist, auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden kann, wobei allerdings nach Entrichtung der Strafe die Herabsetzung ausgeschlossen ist. Hier wird eine Naturalobligation angenommen, weil der Schuldner den das An-

---

[107]) Vgl. Badt, S. 55 f.; Enneccerus, I, 2, S. 10, Anm. 5; Kowalski, S. 66 f.; Langheineken, S. 187; Oertmann, Allg. österr. Ger., S. 202; Siber, Rechtszw., S. 49; Warneyer, Bd. I, § 313, VIII, S. 553.

[108]) Vgl. Bernhöft in Birkmeyers Enzykl., Das B. R., S. 194; v. Buchka, S. 62; Stammler, S. 30.

[109]) l. 10 D. de pign. et hyp. 20, 1.

[110]) l. 3 D.de con. indeb. 12, 5.

[111]) Vgl. Klingmüller, S. 247; Langheineken, S. 187; Oertmann, Allg. österr. Ger., S. 201.

gemessene übersteigenden Betrag nicht zu leisten brauche, andererseits aber eine bewirkte Leistung nicht zurückfordern könne[112]). Man wird dennoch eine natürliche Verbindlichkeit in diesem Falle nicht annehmen dürfen. Die Vertragsstrafe ist, auch wenn sie unverhältnismäßig hoch ist, klagbar und erzwingbar. Die Tatsache, daß sie allzu hoch ist, wird von Amts wegen bei der Einklagung nicht berücksichtigt. Erscheint der Beklagte nicht im Termin, so ergeht ein Versäumnisurteil. Der Ermäßigungsanspruch des Schuldners ist seiner Natur nach ein Verteidigungsmittel, das in der Regel nur durch Einrede geltend gemacht werden kann[113]). Dieses Verteidigungsmittel ist aber kein selbständiges Gegenrecht, das an sich schon durch die bloße Geltendmachung entkräftend wirkt, wie z. B. die Einrede der Verjährung, sondern es wird erst durch die konstitutive richterliche Tätigkeit mit dieser Wirkung versehen. Hinzu kommt, daß es immer sehr fraglich sein wird, um welchen Betrag eigentlich die Vertragsstrafe zu hoch ist. Der Nachweis, daß eine Strafe unverhältnismäßig hoch ist, dürfte in praxi dem Schuldner sehr schwer fallen. Die Entscheidung liegt in jedem Falle im freien Ermessen des Richters. Auch die Bestimmung, daß nach der Entrichtung der Strafe der Anspruch auf Herabsetzung ausgeschlossen sein soll, ist nicht die Wirkung einer natürlichen Verbindlichkeit, sondern beruht auf der Erwägung, daß die einmal bezahlte Vertragsstrafe eben beweist, daß sie für den Schuldner nicht unerschwinglich war, und daß deshalb der einmal vollzogene Rechtszustand nicht mehr gestört werden darf[114]). Im Fall des § 343 liegt also ganz offensichtlich keine Naturalobligation vor[115]).

f) Ansprüche der Ehefrau gegen den Mann auf Grund der Verwaltung und Nutznießung (§ 1394 BGB.)

Wenn § 1394 BGB. bestimmt: „Die Frau kann Ansprüche, die ihr auf Grund der Verwaltung und Nutznießung gegen den Mann zustehen, erst nach der Beendigung der Verwaltung und Nutznießung gerichtlich geltend machen, es sei denn, daß die Voraussetzungen vorliegen, unter denen die Frau nach § 1391 Sicherheitsleistung verlangen kann," so kann hieraus nicht das Vorliegen einer Naturalobligation geschlossen werden[116]). Es handelt sich in diesem Paragraphen um materiell vollbegründete und klagbare Ansprüche der Ehefrau, bei

[112]) Vgl. Ubbelohde, a. a. O., S. 222; Regen, S. 4.

[113]) Vgl. R.-G. v. 1. 5. 1903, Jur. W. 1903, Beil., S. 96.

[114]) Vgl. Endemann, Bd. I, S. 587, Anm. 16, b.

[115]) Klingmüller, S. 248; Langheineken, S. 187 f.; Mahler, S. 68 f.; Kowalski, S. 63 f.; Oertmann, Allg. österr. Ger., S. 202; Roth, S. 61 f.

[116]) So Hellwig, Anspr. u. Einr., S. 125 u. 405; eingeschränkt auch Enneccerus, I, 2, S. 10, Abs. 4, g.

denen lediglich die prozessuale Geltendmachung bis zu einem gewissen Zeitpunkt hinausgeschoben ist. Von einer Beeinträchtigung des materiell-rechtlichen Anspruches kann also hier auf keinen Fall die Rede sein, womit auch die Annahme einer natürlichen Verbindlichkeit entfällt[117]).

g) Das Verlöbnis (§ 1297 BGB.).

Schließlich wird auch das Verlöbnis den natürlichen Verbindlichkeiten zugerechnet, weil aus ihm gemäß § 1297 BGB. nicht auf Eingehung der Ehe geklagt werden könne[118]).

Dieser Ansicht wird man sich jedoch nicht anschließen dürfen. Inhalt und Gegenstand eines jeden Schuldverhältnisses ist eine Leistung, die — auch wenn sie z. B. in persönlichen Diensten besteht — immer einen vermögensrechtlichen Wert darstellt. Das gleiche gilt für die natürlichen Verbindlichkeiten, bei denen die Leistung nur nicht mit der Klage erzwingbar ist.

Die Eheschließung ist aber ebensowenig eine Leistung im Sinne des Obligationsrechtes, wie etwa das Verlöbnis als ein Schuldverhältnis bezeichnet werden kann. Jenes ist vielmehr eine familienrechtliche Handlung, dieses ein familienrechtlicher Vertrag, der nur nebenher vermögensrechtliche Wirkungen äußert. Aus diesen Gründen widerstrebt es, hier von einem „unvollkommenen Schuldverhältnis" zu sprechen[119]).

---

[117]) Vgl. Klingmüller, S. 249; Langheineken, S. 188; Mahler, S. 77 f.; Roth, S. 64; Siber, Rechtszw., S. 83.

[118]) So: Enneccerus, I, 2, § 227, II, 4, h; Langheineken ,S. 192; Stargard, S. 37, Anm. 72; Wolff, Fam. R., § 4, II; Warneyer, II, § 1297.

[119]) Vgl. Busse, S. 26; Klingmüller, S. 249; Kuhn, S. 124; Roth, S. 60 f.

B. Das Zurückbehaltungsrecht

§ 1. Rechtliche Natur des Zurückbehaltungsrechtes

Nachdem nunmehr alle Naturalobligationen, die im BGB. vorkommen, festgestellt und ihrem Wesen und ihren Wirkungen nach eingehend untersucht worden sind, kann jetzt an die Behandlung des Zurückbehaltungsrechtes gegangen werden.

Ein besonderes Rechtsinstitut des Zurückbehaltungsrechtes hat es im römischen Recht nicht gegeben. Die Fälle, in denen die Römer dem Schuldner ein Zurückbehaltungsrecht gewährten, sind im ganzen corpus juris verstreut und selbst dort, wo ein Retentionsrecht erwähnt wird, ist es nicht etwa Hauptgegenstand der betreffenden gesetzlichen Bestimmungen, sondern es ist nur bei der Behandlung ganz anderer Rechtsverhältnisse in bezug auf seine Zulässigkeit und Wirkung miterwähnt[120]). Diese Tatsache beweist, daß sich das Zurückbehaltungsrecht erst gewohnheitsrechtlich mit Rücksicht auf die Bedürfnisse des Verkehrs und der Billigkeit herausgebildet hat[121]).

Es gab im römischen Recht nicht einmal einen einheitlichen Namen für das Retentionsrecht. Wird dem Schuldner z. B. das Recht zuerkannt, eine geschuldete Sache wegen der auf sie gemachten Verwendungen zurückzubehalten, so ist nicht etwa von „retentio" oder „retinere" die Rede, sondern von einer exceptio doli mali, die dem Beklagten zustehe[122]).

Eine allgemeine Regelung des Retentionsrechtes findet sich demnach im römischen Recht nicht.

Auch dem älteren deutschen Recht war ein Zurückbehaltungsrecht bekannt, aber ähnlich wie im römischen Recht nur für einzelne besonders erwähnte Fälle. Unter diesen will Planitz[123], die Retentionsfälle aus „gelobter Schuld" und aus „ungelobter Schuld" unterscheiden. Der Ursprung der ersten

---

[120]) Vgl. Schenck S. 8.

[121]) Vgl. Dernburg, Bd. II, S. 143 f.; ders. Komp., S. 365; Schenk, S. 2, 31; Schlegelberger, S. 1.

[122]) Vgl. Langfeld, S. 14 f.; Schenck, S. 31; Schlegelberger, S. 3, und die dort angegebenen römischen Quellenstellen.

[123]) Planitz, S. 35 ff.

ist nach seiner Ansicht in der Wirkung der deutschrechtlichen Schuldhaftung, in der Publizität des Schuldverhältnisses und in dem Befriedigungsrecht des Gläubigers zu suchen, wobei also immer ein Schuldverhältnis vorausgesetzt ist. Zu diesen Fällen aus „gelobter Schuld" rechnet er die Zurückbehaltungsrechte der Handwerker und Hirten wegen Arbeitslohnes, des Vermieters wegen des Mietzinses, des Wirtes wegen des Kostgeldes und des Seemannes wegen seiner Fracht. Die Fälle aus „ungelobter Schuld" dagegen, wie z. B. das Zurückbehaltungsrecht des Finders am Fundobjekt wegen seines Finderlohnes, das des Wirtes am eingestellten Vieh wegen der Futterkosten und das des Seemannes am Frachtgeld wegen des Ungeldes, sind Ausflüsse des Sachenrechtes[124]). Die Haftung der Person und damit auch die Wirkungen dieser Haftung fehlen hier. Das Zurückbehaltungsrecht beruht lediglich auf der Gewere, stellt also ein dingliches Recht dar.

Nach Schlegelberger[125]) ist dagegen das deutschrechtliche Zurückbehaltungsrecht immer: „ein eigenartiges dingliches Recht, setzt einen infolge Kundbarkeit beachtlichen Anspruch des Inhabers der gegenwärtigen Gewere voraus und erlischt mit dessen Erfüllung. Bis dahin schränkt es die Offensivkraft der früheren Gewere derart ein, daß die Klage um Gut nur Erfolg hat, wenn gleichzeitig der Gegenanspruch befriedigt wird."

Der Unterschied zwischen den beiden Auffassungen liegt darin, daß Schlegelberger in sämtlichen Fällen des deutschen Retentionsrechtes nur Gebilde des Sachenrechtes sieht, die nie dem Obligationsrechte angehören, Planitz hingegen nur in den oben genannten Fällen aus „ungelobter Schuld" dingliche Rechte anerkennen will.

Durch das Eindringen des römischen Rechtes wurde das deutsche Recht grundlegend umgestaltet, so daß zwar das Recht des Schuldners, die geforderte Leistung vorläufig zu verweigern, auch nach der Rezeption bestehen blieb, aber in römischer Umbildung: Die Grundlage des Retentionsrechtes bildete nunmehr ein dem Schuldner gegen den Gläubiger zustehendes Forderungsrecht[126]).

Ebenso wie im römischen und im deutschen Recht gab es im gemeinen Recht eine einheitliche Regelung des Zurückbehaltungsrechtes. Zwar finden sich im jüngeren gemeinen Recht Ansätze hierzu, aber viele Fragen von grundlegender Bedeutung blieben noch ungeklärt[127]). Eine einheitliche Nor-

---

[124]) Planitz, S. 35 ff.

[125]) Schlegelberger, S. 48, auch S. 18.

[126]) Vgl. Schlegelberger, S. 48; das Nähere bei Huber, S. 68 ff.

[127]) Der code civil vom Jahre 1804 erwähnt zwar ein Zurückbehaltungsrecht, aber nur in einzelnen Fällen; das „Allg. BGB. f. d gesamten deutschen Erbländer d. österr. Monarchie" (§ 471) versagte dagegen dem Zurückbehaltungsrecht die Anerkennung ganz und gar; das BGB. f. d. Königr. Sachsen folgt im wesentlichen dem Pr. ALR

mierung findet sich zum ersten Male im Preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794 (I, 21, § 536 ff.), allerdings unter Beschränkung auf die Zurückbehaltung von Sachen. Erst im BGB. und zwar in den §§ 273, 274 hat das Rechtsinstitut des Zurückbehaltungsrechtes eine allgemeine Regelung nach modernen Gesichtspunkten gefunden, obwohl auch diese Behandlung keineswegs als erschöpfend angesehen werden kann. So erfahren Zweck, Wesen und Voraussetzungen des Retentionsrechtes noch heute die verschiedenartigste Beurteilung.

Hatte man früher versucht, das Zurückbehaltungsrecht als eine Art Selbsthilfe und als einen Ausfluß des Besitzes zu erklären[128]), so gab man diese Auffassung bald als unhaltbar auf und suchte nunmehr das Retentionsrecht anderen Rechtsbegriffen, so insbesondere dem Pfandrecht und der Aufrechnung, unterzuordnen.

Wenn auch diese beiden Rechtsinstitute unverkennbar einige Aehnlichkeit mit dem Zurückbehaltungsrecht aufweisen, so ist doch andererseits bei näherer Betrachtung die grundlegende Verschiedenheit wiederum ganz offensichtlich.

Das Pfandrecht dient ebenso wie das Zurückbehaltungsrecht zur Sicherung der eigenen Forderung, beide sind zeitlich auf eine bestimmte Dauer beschränkt, da sie bei Erfüllung der gesicherten Forderung mit dieser untergehen, beide Rechtsinstitute setzen schließlich den Besitz von Sachen des Gegners voraus — beim Zurückbehaltungsrecht können allerdings darüber hinaus auch Leistungen retiniert werden! —, sind unteilbar und treten akzessorisch neben anderen Rechten auf.

Während aber das Pfandrecht nur durch den übereinstimmenden Willen der Parteien zustande kommt, beruht das Zurückbehaltungsrecht lediglich auf dem Willen des Zurückbehaltenden, ja es wird sogar g e g e n den Willen des Partners ausgeübt. Das Pfandrecht ist ein dingliches, jedem Dritten gegenüber wirkendes Recht, während das Retentionsrecht rein obligatorisch ist und nur einer ganz bestimmten Person gegenüber besteht. Das Pfandrecht gewährt weiterhin ein Recht zur Veräußerung und Befriedigung aus der Pfandsache, wohingegen das Zurückbehaltungsrecht im Falle seiner Geltendmachung zur Verurteilung Zug um Zug führt. Schließlich wird jenes im Wege der Klage geltend gemacht, was bei diesem nicht möglich ist, da es lediglich — wie im folgenden noch gezeigt werden wird — eine Einrede darstellt.

---

[128]) Vgl. Crome, Bd. I, S. 545; Dernburg, Komp., S. 366; Schenck, S. 36 ff.

Selbsthilfe ist — abgesehen von den gesetzlich ausdrücklich gestatteten Fällen (§§ 227 ff.) — immer unerlaubt und widerrechtlich, das Zurückbehaltungsrecht dagegen nie, weil vom Gesetz ausdrücklich zugelassen.

Es handelt sich also bei dem Pfandrecht und dem Zurückbehaltungsrecht, wie nachgewiesen werden konnte, um zwei ganz verschiedene Rechtsinstitute[129]).

Aehnlich verhält es sich mit dem Retentionsrecht und der Aufrechnung. Bei beiden wird eine geschuldete Leistung wegen eines Gegenanspruchs zurückgehalten und beide führen letzten Endes zu einer endgültigen Ordnung der gegenseitigen Ansprüche.

Aber während die Aufrechnung nur zulässig ist, wenn es sich um gleichartige Ansprüche handelt, kann ein Zurückbehaltungsrecht sowohl bei gleichartigen, als auch bei ungleichartigen Ansprüchen ausgeübt werden. Vor allem ist aber der Grundgedanke beider Rechtsinstitute völlig verschieden. Bei der Aufrechnung treten sich unabhängige gegenseitige Forderungen auf eine Leistung entgegen; beide Teile werden hier von ihrer Leistungspflicht entbunden und die vollzogene Aufrechnung bewirkt, daß gemäß § 389 BGB. die Forderungen, soweit sie sich decken, als erloschen gelten. Beim Zurückbehaltungsrecht dagegen kann von einer Aufhebung der gegenseitigen Ansprüche keine Rede sein, vielmehr werden beide Teile zur Erfüllung ihrer Leistungspflicht gezwungen und zwar auf Grund der Verurteilung Zug um Zug[130]).

Auch hier liegen also zwei völlig verschiedene Rechtsinstitute vor. Eine Subsummierung des Retentionsrechtes ist also weder unter das Pfandrecht, noch unter die Aufrechnung zulässig, sondern es stellt, wie schon im jüngeren gemeinen Recht erkannt wurde[131]), ein selbständiges und besonderes Recht dar[132]).

Das Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 BGB. ist das Recht, unter bestimmten, im folgenden zu erörternden Voraussetzungen eine Leistung vorläufig zu verweigern, bis man selbst wegen einer anderen Forderung befriedigt wird. Hieraus ergibt sich, daß das Retentionsrecht als eine Einrede anzusehen ist und zwar eine dilatorische, d. h. aufschiebende[133]). Die Richtigkeit dieser Erklärung wird durch den Wortlaut des § 202 Abs. 2 BGB. bestätigt, wo das Zurückbehaltungsrecht ausdrücklich als Einrede normiert ist.

Der Begriff der Einrede wird nun allerdings im Gesetz selbst nirgends näher präzisiert. Aus den Motiven[134]) läßt sich jedoch eine klare Begriffsbestimmung der Einrede herleiten. „Der Einredebegriff des materiellen Rechtes deckt sich nicht mit demjenigen des Prozeßrechtes." „Einreden im Sinne

[129]) Vgl. Veit, S. 18 ff.
[130]) Vgl. Dernburg, Komp., S. 365 ff.; Schäfer, S. 439.
[131]) Goldschmidt, S. 967; Schenck, S. 39.
[132]) Vgl. u. a.: Cosack-Mitteis, Bd. I, S. 43; Enneccerus, I, 1, § 207, I; Oertmann, I, S. 703; Langheineken, S. 272 ff.
[133]) Vgl. Bucerius, S. 134 ff.; Crome, Bd. I, S. 546; Langheineken, S. 328; Rehbein, S. 96.
[134]) Mot., Bd. I, S. 359.

des materiellen Rechtes sind nur solche Umstände, welche die Befugnis gewähren, die Befriedigung eines Anspruches verweigern zu dürfen, obwohl der Anspruch an und für sich besteht." Weiterhin heißt es dort: „Es muß die Regelung zulässig sein, daß ein Umstand einen Anspruch nicht von Rechts wegen in seiner Entstehung hindert oder wieder aufhebt, sondern dem Verpflichteten nur die Möglichkeit gewährt, die Befriedigung des an und für sich begründeten Anspruchs, sei es zur Zeit oder der Person nach, sei es für immer ablehnen zu dürfen."

Damit ist der Begriff der Einrede ganz eindeutig festgestellt, aber auch gleichzeitig das Zurückbehaltungsrecht als Einrede gekennzeichnet.

Wenn nun das Retentionsrecht als ein „obligatorisches" Recht bezeichnet wird[135]), ihm ein „obligatorischer Charakter" zugesprochen wird[136]), oder in ihm ein „persönliches Recht" gesehen wird[137]), so ist damit das Wesen des Zurückbehaltungsrechtes keineswegs wiedergegeben, sondern diese Bezeichnungen sind eher dazu angetan, eine Unklarheit und Verwischung des Begriffs der Einrede zu schaffen. Denn die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes ist weder ein dingliches, noch ein persönliches oder obligatorisches Recht in dem Sinne, daß es einen bestimmten selbständigen Anspruch verkörpert[138]); es wirkt vielmehr gegen dingliche und persönliche Ansprüche oder dient ihnen. Anders als beim Anspruch ist das bloße Bestehen eine Einrede rechtlich belanglos; erst durch die Geltendmachung tritt die Einrede wirksam in Erscheinung und gewinnt rechtliche Bedeutung[139]).

Es ist auch nicht genau, wenn gesagt wird, das Zurückbehaltungsrecht „begründe"[140]) eine Einrede, es „bedeute"[141]) eine solche oder es „schaffe"[142]) eine solche, sondern allein zutreffend ist vielmehr, daß es eine Einrede „ist"[143])

Die Einreden werden nun aber wiederum in selbständige und unselbständige geschieden, und es entsteht somit die Frage, welcher von den beiden Kategorien das Retentionsrecht unterzuordnen ist.

Die selbständigen Einreden bezwecken lediglich die Abwehr eines fremden Anspruchs, die unselbständigen dagegen

---

[135]) Endemann, Bd. I, S. 712.
[136]) Albrecht, S. 10.
[137]) Dernburg, Bd. II, S. 148, Bürg. R.
[138]) Vgl. Langheineken, S. 328; Veit, S. 20.
[139]) Vgl. Warneyer, Bd. I, zu § 273, VIII, S. 460; auch Lehmann, Unterlassungspflicht, S. 81; Planck, Bd. II, 1, zu § 273, Bem. 1, b; ders. zu § 273, Bem. 2, a α aa; R.-G., Bd. 77, S. 438.
[140]) Dernburg, B. R., Bd. II, S. 147.
[141]) Stammler, Bd. II, S. 103.
[142]) Eck, Vortr., S. 265.
[143]) Bucerius, Langheineken, Rehbein a. a. O., vgl. diese Arbeit, Anm. 133; Planck, II, 1, zu § 273, Bem. 1, b.

dienen ausschließlich der Geltendmachung des eigenen Anspruchs[144]). Jene entspringen unmittelbar dem Forderungsrecht, aber einmal entstanden, genießen sie eine gewisse Selbständigkeit; diese dagegen beruhen vollkommen auf dem Anspruch und bilden ein Annex desselben.

Während ferner bei den selbständigen Einreden entweder eine Tatsache oder ein Recht die Grundlage ihrer Entstehung bilden kann, entstehen die unselbständigen Einreden durch den Anspruch als solchen.

Zieht man diese Dinge in Betracht, so wird man sich — wenn auch nicht ohne Bedenken — dahin entscheiden, daß das Zurückbehaltungsrecht als eine selbständige Einrede bezeichnet werden muß[145]); denn der Hauptzweck des Retentionsrechtes liegt fraglos in der Abwehr des gegnerischen Anspruchs, wenn auch die Tatsache bedenklich stimmen mag, daß es sich in dieser Abwehr nicht erschöpft, sondern darüber hinaus auch den ihm zugrunde liegenden Anspruch geltend macht. Vor allem sind aber die Merkmale, die für die Selbständigkeit der Retentionseinrede sprechen, unverkennbar. Denn wenn z. B. gemäß § 273 Abs. 2 jemand „wegen eines Anspruches auf Geld eine individuelle Sache zurückbehalten darf[146])", so beweist dies wohl deutlich genug, daß die Retentionseinrede weniger der Geltendmachung des eigenen Anspruchs dient, als vielmehr die Abwehr des Gläubigeranspruches bezweckt. Sie tritt akzessorisch neben den ihr zugrunde liegenden Anspruch mit selbständigen Wirkungen und selbständiger Kraft.

Bestätigt wird diese Auffassung durch § 1000 BGB., der einen besonders geregelten Fall des Retentionsrechtes, nämlich gegenüber dinglichen Ansprüchen, darstellt. Das Zurückbehaltungsrecht ist hier auch dann gegeben — und daraus muß richtigerweise die Selbständigkeit der Einrede gefolgert werden[147]), — wenn der Besitzer der Sache einen Anspruch auf Ersatz der Verwendungen wegen Mangel der im § 1001 bestimmten Voraussetzungen nicht hat oder doch nicht geltend machen kann. Hier tritt die Selbständigkeit des Zurückbehaltungsrechtes klar zutage[148]).

---

[144]) Vgl. Enneccerus, I, 1, § 207, I, 3; Oertmann, Bd. I, Vorb. z. §§ 194 ff., S. 703; Wachsmann, S. 16.

[145]) Vgl. Brückner, S. 19 f.; Regelsberger, Jher. J., Bd. 41, S. 328 ff.; Veit, S. 61 f.; Wachsmann, S. 16 f. — A. A. Langheineken, S. 330; Oertmann a. a. O., S. 703.

[146]) Hahn, S. 383.

[147]) Vgl. Planck, 3. Aufl., Bd. I, § 222, 3, c. — Diese Ansicht ist aber in der 4. Aufl., Bd. II, 1, § 273, 2, a α aa, teilweise geändert.

[148]) Vgl. Langheineken, S. 332; Wachsmann, S. 16; Wildhagen f. d. gem. R., Jher. J., Bd. 21, S. 46.

Erkennt man aber — wie es von den meisten Schriftstellern getan wird — die Einrede des § 320 als selbständige an[149]), so ist nicht einzusehen, warum dies bei der ihr wesensverwandten Einrede des Zurückbehaltungsrechtes nicht gleichfalls der Fall sein soll[150]).

Bezeichnet man freilich mit Enneccerus[151]) nur die Einreden als selbständige, denen überhaupt kein Recht, weder ein dingliches, noch ein obligatorisches zugrunde liegt, so kann man das Retentionsrecht nicht als selbständige Einrede ansehen. Dann würde man aber in eine weit größere Verlegenheit kommen, da man das Zurückbehaltungsrecht auch den unselbständigen Einreden nicht zurechnen könnte. Denn diese sind, wie Enneccerus richtig definiert: „nur eine Funktion des ihnen zugrunde liegenden Rechts". Daß aber das Retentionsrecht weit mehr ist, dürfte nach dem Gesagten ohne weiteres einleuchten. Ihre Bezeichnung als selbständige Einrede ist daher durchaus gerechtfertigt.

Die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes stellt nach der oben gegebenen Definition ein Recht dar und zwar immer ein Gegenrecht, d. h. sie setzt begriffsnotwendig immer einen bestehenden Anspruch, gegen den sie sich richtet, voraus. Sie ist aber selbst nicht etwa auch ein Anspruch.

Es entspricht daher durch die Geltendmachung des Retentionsrechtes kein neues Schuldverhältnis und auch keine neue Forderung. Ebensowenig wird der Anspruch des Gegners vernichtet oder in seinem Wesen geändert[152]), sondern die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes erzeugt lediglich Wirkungen, die der gegnerischen Forderung entgegenstehen und sie lähmen. Das Zurückbehaltungsrecht tritt zwischen die beiden sich gegenüberstehenden Forderungen mit selbständigen Rechtswirkungen. Es ist also ebensowenig ein Annex des Anspruches,

---

[149]) Vgl. Goldmann-Lilienthal, § 60, S. 234, Anm. 29; Langheineken, S. 179; Landsberg, § 78, II, 6, a, S. 272; Mot., Bd. I, S. 291; Regelsberger, Jher. J., Bd. 41, S. 332; Rehbein, Bd. I, S. 302; Windscheid-Kipp, Bd. I, § 112, S. 579. — A. A. Matthiass, § 70, II, B, 2, S. 165; Oertmann a. a. O., S. 703.

[150]) Oertmann, a. a. O., bezeichnet das Zurückbehaltungsrecht als unselbständige Einrede, gibt aber zu: „Sie (Zurückbehaltungsrecht und die Einrede des § 320) sind nicht mit dem Anspruch wesensgleich, keine bloße defensive Geltendmachung des Anspruchs, sondern akzessorisch an ihn geknüpft, unbeschadet ihrer logischen Selbständigkeit."

[151]) I, 1, § 207, I, 3. — Vgl. dagegen: § 218, V, 1.

[152]) Wenn Planck, Bd. II, 1, z. § 273, 1, c, die Retentionseinrede eine „anspruchsändernde" nennt, so ist das nur im Hinblick auf die prozessuale Wirkung zutreffend, da sie hier zu einer von dem Klageantrag abweichenden Verurteilung führt. Materiellrechtlich bleibt dagegen der gegnerische Anspruch vollkommen unverändert bestehen. Aus diesem Grunde ist die Aufstellung der Kategorie: „Anspruchsändernde Einreden" abzulehnen; diese sind vielmehr dilatorische Einreden.

den es schützen soll, wie des Anspruchs, gegen den es geltend gemacht wird[153]). Die Richtigkeit vorstehender Ausführungen zeigt sich mit aller Deutlichkeit darin, daß das Zurückbehaltungsrecht nicht etwa schon bei der einseitigen Begründung eines Anspruchs entsteht, sondern erst dadurch, daß der Anspruch des Schuldners mit dem des Gläubigers in ein rechtliches Verhältnis tritt. Zusammenfassend kann also das Zurückbehaltungsrecht als eine selbständige Einrede bezeichnet werden, eine Feststellung, die insbesondere für die später zu erörternden Wirkungen der Verjährung auf die Einreden von Bedeutung ist.

§ 2. Zweck des Zurückbehaltungsrechtes

Sehr umstritten ist die Frage nach dem Zweck des Zurückbehaltungsrechtes. Daß es ein Sicherungsmittel darstellt, wird heute in der Literatur allgemein anerkannt. Fraglich ist aber, ob ihm auch eine Zwangsfunktion zuzusprechen ist.

In den Motiven[154] finden sich folgende widerspruchsvolle Stellen:

„Das Zurückbehaltungsrecht gilt vorzugsweise zur Sicherung und als Zwangsmittel". Ferner: „Da das Retentionsrecht nur zum Zwecke der Sicherung des Gegenanspruchs besteht . . " Schließlich: „ . . . betrachtet der Entwurf nicht als ein Zwangsmittel gegen den Gläubiger."

In den Protokollen[155]) heißt es dagegen: „Es (das Zurückbehaltungsrecht) sei in den allgemeinen Teil zu verweisen mit Rücksicht darauf, daß es wesentlich als Sicherungs- und Zwangsmittel dienen soll."

Hieraus lassen sich also Anhaltspunkte für die Beantwortung der Frage nicht gewinnen.

Im Gesetz selbst aber und zwar im § 273 Abs. 3 findet sich die Bestimmung, daß der Gläubiger die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes durch Sicherheitsleistung abwenden kann. Schlegelberger[156]) will hieraus auf eine lediglich die Sicherung bezweckende Funktion des Retentionsrechtes schließen. Denn wäre — so folgert er — dieses als Zwangsmittel gedacht, so müßte man dem Gesetzgeber Inkonsequez vorwerfen. Liege ein Zwangsmittel vor, dann bestehe seine Aufgabe darin, durch Zurückbehaltung einer dem Gläubiger unentbehrlichen Leistung auf dessen Leistungsbereitschaft einzuwirken. Ein Zwangsmittel, das aber vom Gläubiger, der dem Schuldner ja völlig sicher sein kann, durch Sicherheitsleistung abgewendet werden könne, sei illusorisch. Ueberdies spreche noch eine andere Ueberlegung gegen die Zwangsfunktion: „Nicht der Billigkeit, sondern der Schikane würde ein solches

153) Vgl. Brückner, S. 19.
154) Mot., Bd. II, S. 42 u. 43.
155) Prot., Bd. I, S. 311.
156) Vgl. Schlegelberger, S. 103.

Pressionsmittel dienen. Ihr würde Tür und Tor geöffnet sein, wenn der Schuldner in der Lage wäre, durch Vorenthaltung irgendwelcher, an sich vielleicht unbedeutender, für den Gläubiger aber unentbehrlicher Rechtsgüter diesen zur Erfüllung seiner zweifelhaften Gegenansprüche zu nötigen. Ein als Zwangsmittel eingeräumtes Zurückbehaltungsrecht würde aber dem Schuldner diese Macht geben, da für den Gläubiger die richterliche Hilfe meistens zu spät käme[157])."

Schenck[158]) erklärt ebenfalls den Sinn und Zweck des Zurückbehaltungsrechtes für unvereinbar mit der Annahme eines Zwangsmittels, weil das Retentionsrecht ein Ausfluß der Billigkeit, ein „Schützling der aequitas" — wie er es nennt —, sei[159]). Daß aber auch ein gewisser Druck auf den Gegner ausgeübt werde, geben sie — wie alle Gegner der Zwangsfunktion — zu.

Man kann nun zugestehen und als richtig unterstellen, daß die Absicht des Gesetzes bei der Schaffung des Retentionsrechtes in erster Linie darauf gerichtet war, den Schuldner gegenüber einem unberechtigten Verlangen des Gläubigers zu sichern; darauf weist schon die Tatsache hin, daß dem Schuldner ein Befriedigungsrecht an der zurückbehaltenen Sache nicht gewährt wird, was doch — sollte auf den Gläubiger ein Zwang ausgeübt werden — das Einfachste und Naheliegendste wäre. Dennoch wird man aber die Zwangsfunktion nicht leugnen können.

Das Zurückbehaltungsrecht hat stets den Zweck der Sicherung des Gegenanspruchs durch mittelbaren Zwang zu seiner Erfüllung. Daß dieser Zwang entbehrlich sei, kann aus der Zulässigkeit der Abwendung des Zurückbehaltungsrechtes durch reale Sicherstellung (§ 273 Abs. 3) nicht geschlossen werden; denn eine solche schließt den gleichen mittelbaren Zwang in sich wie das Zurückbehaltungsrecht selbst. „Man kann daher bei realer Sicherheit überhaupt nicht Rechte, die zwingen, von solchen, die nur sichern, unterscheiden[160])."

Das Zurückbehaltungsrecht führt schließlich gemäß § 274 zu einer Verurteilung Zug um Zug, in der doch fraglos ein Zwang liegt: Denn der Gläubiger wird, ebenso wie sein Gegner, zur Leistung verurteilt.

Man wird also richtigerweise sagen müssen, daß Sicherungs- und Zwangsfunktion hier nicht voneinander zu trennen sind, sondern sich gegenseitig bedingen[161]).

---

[157]) Schlegelberger, S. 103.

[158]) Schenck, S. 8.

[159]) Ebenso: Breuer, S. 12; Brückner, S. 23 f; Bucerius, S. 136; Enneccerus, I, 2, S. 86; Veit, S. 22.

[160]) Planck, Bd. II, 1, z. § 273, 1, a, S. 166.

[161]) Vgl. Dernburg, B. R., Bd. II, S. 133; Endemann, Bd. I, S. 713; Schäfer, S. 437; Schollmeyer, S. 92; Vogel, S. 39; Rieger, S. 9.

§ 3. Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechtes

a) Fälligkeit des Anspruches.

§ 273 BGB. verlangt außer den anderen noch zu erörternden Voraussetzungen vor allem einen „fälligen Anspruch". Ueber den Begriff der Fälligkeit herrscht jedoch Streit. Im BGB. selbst findet sich eine eindeutige, direkte Begriffsbestimmung der Fälligkeit nicht.

Im ersten Entwurf zum BGB. war im § 158 Abs. 1 folgende klare Definition gegeben:

„Die Verjährung beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem die Befriedigung des Anspruches rechtlich verlangt werden kann (Fälligkeit)."

Diese Definition wurde mit Rücksicht darauf gestrichen, daß die Begriffsbestimmung der Fälligkeit erst im Obligationsrechte erfolgen sollte[162]). Die versprochene Regelung wurde aber im Recht der Schuldverhältnisse nicht getroffen.

Der Begriff der Fälligkeit läßt sich jedoch aus § 271 BGB. in Verbindung mit § 272 BGB. entnehmen. Im § 271 heißt es: „Ist eine Zeit für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen, so kann der Gläubiger die Leistungen sofort verlangen, der Schuldner sie sofort bewirken.

Ist eine Zeit bestimmt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der Gläubiger die Leistung nicht vor dieser Zeit verlangen, der Schuldner aber sie vorher bewirken kann."

§ 272 lautet: „Bezahlt der Schuldner eine unverzinsliche Schuld vor der F ä l l i g k e i t, so ist er zu einem Abzuge wegen der Zwischenzinsen nicht berechtigt."

Damit ist aber der Begriff der Fälligkeit gegeben. Sie liegt dann vor, wenn die Schuld ohne Aufschub erfüllt werden muß, oder von seiten des Gläubigers aus betrachtet, wenn der Zeitpunkt eintritt, in dem die Befriedigung verlangt werden kann[163]). Der im ersten Entwurf gegebene Fälligkeitsbegriff ist damit auch für das BGB. festgestellt. Daraus daß der § 273 unmittelbar auf die §§ 271, 272 folgt, wird ohne weiteres angenommen werden können, daß man es im § 273, wie überhaupt im BGB., mit dem gleichen Begriff der Fälligkeit, also mit einem einheitlichen Fälligkeitsbegriff, zu tun hat[164]).

---

[162]) Prot., Bd. I, S. 210.

[163]) Vgl. Warneyer, Bd. I, z. § 271, I, S. 455; R.-G. 19. 6. 14, Warn. Rechtspr. Nr. 276.

[164]) Vgl. Dernburg, Pand., Bd. II, S. 96; ders. B. R., Bd. II, S. 179; Hellwig, Anspr. u. Klagr., S. 7, Anm. 23, 25, S. 352; Planck, Bd. II, 1 z. § 273, 2, a, S. 169 f.; Schlegelberger, S. 150 ff.; Warneyer, Bd. I, z. § 273, III, S. 458. — A. A. Langheineken, S. 330.

Diese Auffassung findet allerdings Gegner. So wird von Schoenenberg[165]) der Versuch gemacht, zwei Fälligkeitsbegriffe im BGB. zu unterscheiden, den im weiteren Sinne, der gleichbedeutend sei, mit dem Entstandensein des Anspruches, und den im engeren Sinne, der bedeute, daß dem Anspruch keine Einrede entgegenstehen dürfe. Diese Unterscheidung ist aber nicht richtig.

Wenn nach § 194 der Anspruch das Recht darstellt, ein Tun oder Unterlassen zu verlangen, so kann dieses Tun oder Unterlassen entweder gegenwärtig oder künftig sein. Man kann jedenfalls nicht schlechthin annehmen, daß dieses Recht immer auf eine sofortige Leistung gehe.

Von verschiedener Seite wird freilich behauptet, daß der Anspruch darin bestehe, „im Augenblicke eine Leistung verlangen zu können"[166]), daß er also ein „präsentes Verlangen" sei[167]). „Jeder Anspruch enthält" — so erklärt auch Silber[168]) — „das Recht auf sofortige freiwillige Leistung und das Recht, diese Leistung sofort zu erzwingen."

Aber schon der Hinweis auf die Stundung genügt, um die Unrichtigkeit dieser Auffassung darzutun. Denn durch die Stundungsabrede wird bei einem bereits bestehenden Anspruch der Moment der Geltendmachung hinausgeschoben, ohne daß damit etwa der Anspruch aufgehoben wird. Er bleibt ohne jeden Zweifel bestehen[169]), aber die Leistung kann dennoch nicht sofort verlangt werden. Der Anspruch ist also, wie dieses Beispiel zeigt, nicht oder wenigstens nicht immer ein präpräsentes Verlangen.

Richtigerweise wird man daher zwischen gegenwärtigem Anspruch und Anspruch auf gegenwärtige Leistung unterscheiden müssen[170]).

Der gegenwärtige Anspruch kann sowohl auf eine gegenwärtige, als auch auf eine zukünftige Leistung gerichtet sein. Als fällig ist aber nur der erste anzusehen, nicht auch der letzte. Es ist daher unzutreffend, wenn Schoenenberg[171]) von

---

[165]) Schoenenberg, S. 11 ff.

[166]) Crome, Bd. I, S. 180.

[167]) Crome, Bd. I, S. 509.

[168]) Siber, Rechtszw., S. 83; ebenso: Hölder, Arch. f. ziv. Pr., Bd. 93, S. 42; ders. Jher. J., Bd. 46, S. 292 ff.; ders. z. § 198, Bem. 1; Staudinger I, § 198, Nr. 3, c; Schäfer, S. 437 f.; v. Thur, S. 263.

[169]) Vgl. Endemann, Bd. I, S. 453.

[170]) Vgl. Langheineken, S. 21 ff.; Oertmann, Bd. I, Vorb. z. § 194 ff., S. 698; Veit, S. 29.

[171]) Schoenenberg, S. 17.

einer „Tautologie" des Gesetzes im Hinblick auf die Bezeichnung "fälliger Anspruch" redet[172]).

Das Gesetz spricht im § 273 Abs. 1 von einem „fälligen Anspruch", es kennt also in Uebereinstimmung mit der oben vertretenen Ansicht auch nichtfällige Ansprüche.

In der Tat bestimmt § 271 Abs. 2, daß der Gläubiger die Leistung nicht vor der bestimmten Zeit verlangen dürfe. Daraus geht hervor, daß die Parteien sehr wohl im Vertrage einen besonderen Fälligkeitstermin vereinbaren können, daß also durchaus ein Anspruch bereits entstanden, seine Fälligkeit aber hinausgeschoben sein kann. So bestimmt z. B. auch § 1467 Abs. 2: „Was der Mann aus dem Gesamtgute zu fordern hat, kann er erst nach der Beendigung der Gütergemeinschaft fordern." Mit anderen Worten heißt das, daß ein Forderungsrecht schon entstanden ist, der Zeitpunkt seiner Geltendmachung aber (die Fälligkeit) erst später eintritt. Weiterhin spricht § 813 Abs. 2 von einer „betagten Verbindlichkeit". Da „Verbindlichkeit die Kehrseite des Anspruches" ist[173]), so ist daraus zu folgern, daß auch im Fall des § 813 ein Anspruch bereits entstanden, aber noch nicht fällig ist. Schließlich sei auch in diesem Zusammenhang auf die Stundung hingewiesen, die jeden Zweifel an der Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht beseitigen wird. Zum Begriffe des Anspruchs gehört also keineswegs das Recht der sofortigen Ausübung[174]).

Der von Schoenenberg aufgestellte Begriff der Fälligkeit im weiteren Sinne erweist sich daher als überflüssig. Folgerichtig erübrigt sich damit auch eine Fälligkeit im engeren Sinne: Ein Anspruch ist eben schlechthin fällig, wenn die Voraussetzungen dafür gegeben sind, d. h. seine Befriedigung sofort verlangt werden kann, oder aber er ist nicht fällig. Eine modifizierte Fälligkeit gibt es nicht!

Gleichwohl berührt Schoenenberg eine für den Fälligkeitsbegriff außerordentlich wichtige und lebhaft umstrittene Frage, nämlich die, nach der Wirkung der Einrede auf die Fälligkeit eines Anspruchs.

Die geltend gemachte Einrede hebt den Anspruch, wie gezeigt werden konnte, nicht etwa auf (vgl. z. B. die Einrede

---

[172]) Oertmann a. a. O. S. 698, der die im Text vertretene Ansicht teilt, sagt: „Ein Anspruch, der noch „nicht fällig" ist in dem Sinne, daß überhaupt keine Leistung vom Gegner verlangt werden kann, ist noch kein Anspruch; es ist höchstens eine Rechtslage gegeben. In diesem Sinne „fälliger Anspruch" eine Selbstverständlichkeit." Hier muß hinzugesetzt werden, daß es unstatthaft ist, dem Worte „fällig" einen anderen Sinn beizulegen, als sich aus dem Gesetz ergibt.

[173]) Vgl. Schlegelberger. S. 146.

[174]) Vgl. Hellwig., Anspr. u. Klagr., S. 7; ders., Lehrb. d. Ziv.-Pr., B. I, S. 217; Endemann, Bd. I, § 93, S. 453; Langheineken. S. 21, 51 ff., 87; Planck, Bd. I, Bem. 1, d, z. § 198; Schlegelberger, S. 150 f.

der Verjährung), sondern läßt den Anspruch als solchen durchaus bestehen, schließt allerdings die klageweise Geltendmachung aus, und zwar bei der dilatorischen Einrede für eine vorübergehende Zeit, bei der peremptorischen für dauernd. Trotzdem bleibt der Anspruch — das muß scharf hervorgehoben werden — bestehen[175]).

Die Frage nach dem Bestehenbleiben des Anspruches trotz der Einrede ist aber eine ganz andere wie die Frage, ob ein mit einer Einrede behafteter Anspruch noch als „fällig" angesehen werden kann. Daraus, daß der Anspruch trotz der Einrede bestehen bleibt, läßt sich nicht schließen, daß auch die Fälligkeit, wenn sie einmal gegeben ist, unberührt bleibt[176]). Der Anspruch ist ein selbständiges Recht, das durch die Einrede der Möglichkeit der Geltendmachung zwar beraubt wird, aber trotz der Einrede fortbesteht und — wie z. B. bei der Verjährung — eine Reihe wesentlicher Wirkungen hervorbringen kann.

Ganz anders verhält es sich aber mit der Fälligkeit! Sie gibt den „Zeitpunkt" an, in dem die Befriedigung rechtlich verlangt werden kann. Das bedeutet, daß eine Fälligkeit eben besteht oder nicht besteht. Denn entweder kann die Befriedigung verlangt werden, oder sie kann nicht verlangt werden. Im Falle der Hemmung des Anspruchs durch eine Einrede kann die Befriedigung nicht verlangt werden, also ist der Anspruch nicht fällig. Es wäre auch begrifflich nicht denkbar, von einer Fälligkeit — einem Zeitpunkt! — zu sprechen, die durch eine Einrede „gehemmt" ist. Gehemmt werden kann vielmehr nur das „Recht, die Befriedigung zu verlangen", also der Anspruch. Daraus resultiert die eindeutige Feststellung: Der Anspruch ist fällig oder er ist nicht fällig; eine gehemmte Fälligkeit gibt es nicht.

Jede Tatsache, die das Verlangen der Befriedigung ausschließt, hebt mithin die Fälligkeit des betreffenden Anspruches auf.

Auch aus § 387 in Verbindung mit § 390 Satz 1 kann nicht geschlossen werden, daß das BGB. unter fälligem Anspruch auch eine einredebehaftete Forderung verstanden wissen wolle. § 387 bestimmt, daß jeder Teil dann seine Forderung gegen die Forderung des anderen Teiles aufrechnen kann, wenn er die ihm gebührende Leistung fordern und die ihm obliegende Leistung bewirken kann, wenn also beide An-

---

[175]) Lenel, S. 104, bestreitet die Richtigkeit der obigen Auffassung: „Die Idee eines existierenden und doch rechtlich unwirksamen Rechtes enthält eine contradictio in adjecto." Ihm ist mit Enneccerus, I, 1, § 207, I, 4, Anm. 8, zu erwidern, daß eine durch eine Gegenkraft aufgewogene Kraft dennoch weiterbesteht.

[176]) Dies nehmen z .B. an: Breuer, S. 45; Veit, S. 53; OLG. Hamb., Bd. VI, S. 91.

sprüche gemäß § 271 in Verbindung mit § 272 fällig sind. Daraus nun, daß sich im § 390 Satz 1 die Bestimmung findet, daß eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, nicht aufgerechnet werden kann, wird gefolgert[177]), der Gesetzgeber verstehe unter fälligem Anspruch auch einen einredebehafteten; denn sonst wäre ja § 390 Satz 1 — so wird gesagt — überflüssig.

Richtigerweise wird man aber annehmen müssen, daß sich die Bestimmung des § 390 Satz 1 zwar schon aus § 387 ergibt[178]), daß aber im § 390, der eine Ausnahme von § 387 darstellt, der Satz 1 nur zum Zwecke des besonderen Hinweises auf § 390 Satz 2 dienen sollte[179]). Daraus erklärt sich zwanglos die Bedeutung des § 390 Satz 1, abgesehen davon, daß schon die oben angeführten Gründe hinreichen würden, um den vollen Beweis zu erbringen, daß das BGB. den „fälligen Anspruch" gleich einem „einredefreien" setzt[180-181]).

Daß der fällige Anspruch „unbedingt" und „unbetagt" sein muß, ergibt sich aus dem Vorstehenden ohne weiteres[182]). Die Frage, ob es überhaupt bedingte und betagte Ansprüche gibt, wird später noch eingehend erörtert werden[183]), soviel aber steht fest, daß ein bedingter, von einem zukünftigen ungewissen Ereignis abhängiger Anspruch ebensowenig fällig sein kann, wie ein betagter Anspruch, bei dem die Geltendmachung des Rechtes erst von einem bestimmten Termin an möglich sein soll.

Zusammenfassend läßt sich also der „fällige Anspruch", den die Ausübung des Retentionsrechtes voraussetzt, als ein einredefreier bezeichnen, dessen Befriedigung ohne Aufschub verlangt werden kann.

Zu klären bleibt lediglich noch die Frage, ob der im § 273 vorausgesetzte Anspruch auch klaglos sein darf[184]).

Daß die erfolgreiche Klagbarkeit kein wesentliches Moment des Anspruches darstellt — wenn dieser auch in der

---

[177]) Vgl. Brückner, S. 15.

[178]) Vgl. Schollmeyer, z. § 390, Anm. 1.

[179]) So auch Schäfer, S. 439.

[180]) Ebenso: Langheineken, S. 330; Schäfer, S. 43. Auch Planck, II, 1, z. § 273, Bem. 2, a, α, aa, erklärt, daß eine aufschiebende Einrede dem Anspruch die Fälligkeit nehme. Er sieht allerdings die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes als eine anspruchsändernde an. Es wurde aber in Anm. 152 d. Arb. gezeigt, daß das Zurückbehaltungsrecht eine aufschiebende Einrede ist.

[181]) Erst die Geltendmachung hebt die Fälligkeit auf, nicht das bloße Bestehen der Einrede. Vgl. Planck a. a. O.; Lehmann, S. 81.

[182]) Goldschmidt, S. 972; Dernburg, B. R., II, 1, S. 145, § 57, II, 2.

[183]) Vgl. d. Arb., S. 66 ff.

[184]) Bejahend: Goldschmidt, S. 972; Langfeld, S. 24 ff.; Rieger, S. 22; Breuer, S. 42; Veit, S. 31 f.; Mot., Bd. II, S. 42. — Ablehnend: Albrecht, S. 12; Dernburg, Bd. II, S. 145; Schäfer, S. 437 ff.; Simon, S. 65 ff.

Regel mit ihr ausgestattet sein wird —[185]), zeigt sich schon daraus, daß es im BGB. sehr wohl materiellrechtliche Ansprüche ohne Klagrecht gibt, wie z. B. den Ersatzanspruch des Besitzers aus § 1000, der erst unter den Voraussetzungen des § 1001 klagbar wird. Umgekehrt finden sich auch Klagrechte ohne materiellrechtlichen Anspruch, wie z. B. die Feststellungsklagen[186]). Privatrechtlicher Anspruch und Klagrecht ist daher zu scheiden[187]). An und für sich steht also nichts im Wege, einen klaglosen Anspruch als Anspruch im Sinne des § 273 anzusehen. Praktisch wird dieser Fall aber deshalb nicht möglich sein, weil die Klaglosigkeit zumeist auf einer dem Anspruch entgegenstehenden Einrede beruhen wird (so z. B. bei der verjährten Forderung), und weil deshalb schon das Erfordernis der Fälligkeit fehlen wird.

b) Wechselseitigkeit der Ansprüche.

Daß ein Zurückbehaltungsrecht nur ausgeübt werden kann, wenn es sich um wechselseitige Ansprüche handelt, ist bereits angedeutet worden[188]). Der Grund hierfür liegt darin, daß das Retentionsrecht eine Einrede darstellt, die immer einen Anspruch voraussetzt, gegen den sie sich richtet.

Andererseits muß aber auch ein Anspruch vorhanden sein, dem diese Einrede entspringt und dessen Sicherung sie dient.

In diesem Zusammenhang kann auch darauf hingewiesen werden, daß der Anspruch des Gegners, gegen den das Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht wird, selbstverständlich fällig sein muß. Denn fehlt ihm die Fälligkeit, dann ist die Anwendung des Retentionsrechtes unnötig, da sich der Schuldner ja einfach darauf berufen kann, daß der Gläubiger noch gar nicht berechtigt sei, die Leistung zu fordern. Würde der Gläubiger in diesem Falle klagen, so hätte eine Abweisung der Klage zu erfolgen.

c) Konnexität der Ansprüche.

Erforderlich ist weiterhin, daß die beiden sich gegenüberstehenden Ansprüche in einem gewissen Zusammenhange stehen, daß sie, wie das Gesetz es ausdrückt, „aus demselben rechtlichen Verhältnis" entstanden sind (§ 273 Abs. 1). Dieser Begriff des rechtlich gleichen Verhältnisses darf nicht zu eng gefaßt werden, sondern ist ganz im Gegenteil möglichst weit auszudehnen. Der Zusammenhang oder die Konnexität — wie man diese gegenseitigen Beziehungen zu nennen pflegt — ist schon dann gegeben, wenn die Ansprüche zwar aus ver-

[185]) Vgl. u. a. Hellwig, Anspr. u. Klagr., S. 8; Langheineken, S. 22; Warneyer, Bd. I, § 241, III, S. 394 f.
[186]) Vgl. Enneccerus, § 205, I, Bd. I, 1.
[187]) Vgl. Enneccerus a. a. O.; Brückner, S. 12.
[188]) Vgl. Klingmüller, S. 106 ff.

schiedenen Rechtsverhältnissen entstanden sind, diese aber ihrem Zwecke, der Parteiabsicht oder der Anschauung des Verkehrs nach wirtschaftlich als ein Ganzes erscheinen[189]). Es genügt ein „innerlich zusammengehöriges Lebensverhältnis"[190]), also ein Begriff, der den denkbar weitesten Spielraum läßt. Die Konnexität liegt auch dann vor, wenn der zur Herausgabe eines Gegenstandes Verpflichtete auf diesen Gegenstand Verwendungen gemacht oder durch ihn einen Schaden erlitten hat (§ 273 Abs. 2)[191]).

d) Gegenstand des Zurückbehaltungsrechtes.

Daß schließlich ein Zurückbehaltungsrecht nicht nur an einer Sache ausgeübt werden kann, ergibt sich aus dem Ausdruck „geschuldete Leistung" im § 273 Abs. 1. Gegenstand des Zurückbehaltungsrechtes kann also sowohl eine Sache, als auch eine Dienstleistung oder die Abgabe einer Willenserklärung sein[192-193]).

§ 4. Verhältnis des § 273 zum § 320

Die wesentlichen Voraussetzungen für die Anwendung eines Zurückbehaltungsrechtes sind damit festgestellt. Zu untersuchen bleibt lediglich noch, in welchem Verhältnis die Einrede des nichterfüllten Vertrages (§ 320) zum Zurückbehaltungsrecht des § 273 steht, insbesondere ob die erste ein Anwendungsfall des zweiten ist.

Im § 202 Abs. 2 wird die Einrede des nichterfüllten Vertrages neben der des Zurückbehaltungsrechtes genannt, dieser also koordiniert und nicht — worauf vor allem Langheineken[194]) hinweist — subordiniert. Diese Tatsache allein dürfte jedoch noch nicht die Annahme rechtfertigen, daß es sich hier um zwei völlig verschiedene Fälle des Retentionsrechtes handelt. Denn diese asyndetische Aneinanderreihung

---

[189]) Vgl. Enneccerus, I, 2, S. 84; Rech, S. 26; Warneyer, Bd. 1, § 273, II, S. 488; R.-G., Bd. 14, S. 234; Bd. 57, S. 6; Bd. 68, S. 32; Bd. 72, S. 63 f, 103 f.; Bd. 83, S. 268; OLG.-E., Bd. III, S. 354 u. 355; R.-G., Seuffert, Arch., Bd. 63, S. 6 ff.; Bd. 65, S. 413; Recht 03, Nr. 2767; 08, Nr. 25; 09, Nr. 726; R.-G., Warn. 1911, Nr. 111; 1917, Nr. 134; 1913, Nr. 5; 1917, Nr. 10; 1919, Nr. 3.

[190]) R.-G., Kom., Bd. I, § 273, Anm. 1; R.-G., Warn. 1917, Nr. 268.

[191]) Vgl. Enneccerus, I, 2, S. 85.

[192]) Vgl. Enneccerus, I, 2, S. 84.

[193]) Zu erwähnen ist noch, daß ein Zurückbehaltungsrecht, das grundsätzlich nur beim Vorhandensein eines fälligen Anspruches gegeben ist, ausnahmsweise auch wegen nichtfälliger Leistungen durch einstweilige Verfügung gem. §§ 935, 938 ZPO. begründet werden kann, wenn deren Voraussetzungen vorliegen.

[194]) Vgl. Langheineken, S. 334 f.; ebenso: v. Renesse, S. 145.

spricht in gewissem Sinne ebenso für die Zusammengehörigkeit der beiden Einreden, wie sie gegen diese ausgedeutet werden kann[195]).

Der Zweck beider Bestimmungen ist darauf gerichtet, dem Schuldner bis zur Bewirkung der Gegenleistung Schutz zu gewähren; beide Rechte werden im Wege der Einrede geltend gemacht, und in beiden Fällen führt die Klage auf Leistung zu einer Verurteilung Zug um Zug (vgl. §§ 274 bzw. 322).

Dennoch läßt sich ein Unterschied zwischen beiden Einreden nicht leugnen.

Im § 320 Abs. 1, Satz 3 findet sich ein Hinweis auf § 273, und zwar wird die Abwendung der Leistungsverweigerung durch Sicherheitsleistung, die § 273 Abs. 3 zuläßt, für den Fall des § 320 ausdrücklich versagt. Der Grund für diese Vorschrift ist fraglos in der Natur der synallagmatischen Verträge zu suchen, die es als ungerechtfertigt und dem Wesen des Vertrages zuwider laufend erscheinen lassen müßte, statt der vertraglich festgelegten Leistung nur mit einer Sicherstellung abgefunden zu werden. An Stelle der Konnexität, die im § 273 verlangt wird, setzt § 320 einen gegenseitigen Vertrag voraus: Das im ersten Falle erforderte „rechtliche Verhältnis" muß im zweiten Falle seinen stärksten Ausdruck gefunden haben, der sich eben im gegenseitigen Vertrag zeigt.

Weiterhin soll die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht nur die Gegenleistung überhaupt sichern, sondern auch die Reihenfolge der beiderseitigen Leistungen[196]). Auch hieraus erklärt sich, weshalb sie durch Sicherheitsleistung nicht abgewendet werden kann.

Schließlich aber ist noch folgendes zu bedenken: „Erhebt gegenüber dem Leistungsverlangen einer Partei der Gegner die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, so hat das nicht den Sinn, daß der Gegner nunmehr auch seinerseits die ihm selber gebührende Gegenleistung positiv einfordert[197]); denn vielleicht ist ihm zurzeit an der Gegenleistung nicht mehr viel gelegen. Vielmehr bedeutet die Einrede rein negativ, daß der Gegner seine eigene Leistung solange verweigert, als nicht Zug um Zug auch die Gegenleistung bewirkt wird[198])."

Diese Ueberlegungen lassen mit einer gewissen Berechtigung auf zwei verschiedene Anwendungsfälle des Retentionsrechtes[199]) schließen, die allerdings in ihrer juristischen Struktur eine starke Aehnlichkeit aufweisen. Die Erklärung, daß im Falle des § 273 keine vertragliche Grundlage das Reten-

---

[195]) Vgl. Wachsmann, S. 18.

[196]) Vgl. Planck, Bd. II, 1, zu § 273, Erl. 1b.

[197]) Das Zurückbehaltungsrecht des § 273 enthält dagegen immer die positive Einforderung der Gegenleistung.

[198]) Cosack-Mitteis, Bd. I, S. 369.

[199]) Schollmeyer, zu § 273, will die Einrede des nicht erfüllten Vertrages von dem Begriff des Retentionsrechtes völlig ausschließen, aber, wie sich aus dem obigen Text ergibt, zu Unrecht.

tionsrecht stütze, sondern nur der „allgemeine Grundsatz von Treu und Glauben es sei, auf dem die Einrede des Retentionsrechtes beruht", und daß deshalb eine Gleichsetzung des Zurückbehaltungsrechtes aus § 273 mit dem des § 320 abzulehnen sei[200]), ist zwar richtig, aber keineswegs ausreichend.

Langheineken[201]) lehnt ebenfalls eine Gleichstellung der beiden Einreden ab, erklärt aber ihre Verschiedenheit mit der Wirkung, die die Verjährung auf sie ausübt. Bei § 320 nimmt er ein Fortbestehen der Einrede an, bei § 273 dagegen einen Untergang derselben. Diese Begründung ist aber nicht geeignet, die Verschiedenheit des rechtlichen Wesens beider Einreden wiederzugeben, ganz abgesehen davon, daß sie nicht zutrifft und Langheineken durchaus zu Unrecht annimmt, die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes sei eine unselbständige, weil mit dem Anspruch korrespondierende, d. h. aus diesem hervorgegangene[202]).

Daß es sich beim Zurückbehaltungsrecht um eine selbständige Einrede handelt, konnte bereits gezeigt werden[203]). Gleichwohl ist aus den anderen, oben dargelegten Gründen das Ergebnis, zu dem Langheineken kommt, zu bestätigen[204]).

---

[200]) Vgl. v. Renesse, S. 145.
[201]) S. 336.
[202]) Vgl. Langheineken, S. 179 f.
[203]) Vgl. d. Arb., S. 39 f.
[204]) Vgl. Langheineken, S. 335 f.; v. Renesse, S. 145 f.; Schlegelberger, S. 101, 148; Staudinger, Bd. II, 1, zu § 320, Erl. 2e.

C. Das Zurückbehaltungsrecht auf Grund der echten Naturalobligationen

Nachdem Wesen und Zweck, sowie die Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechtes eingehend erörtert worden sind, kann jetzt an die Beantwortung der eingangs gestellten Frage gegangen werden, wobei allerdings die echten Naturalobligationen und die verjährte Forderung, die als Eventualnaturalobligation bezeichnet wurde, geschieden werden müssen.

Zunächst wird uns die Frage zu beschäftigen haben, ob auf Grund der echten Naturalobligationen ein Zurückbehaltungsrecht ausgeübt werden kann.

Von den Erfordernissen der Konnexität und Wechselseitigkeit der Ansprüche kann abgesehen werden, da sich beide lediglich nach den tatsächlichen Verhältnissen beurteilen lassen und für die rechtliche Würdigung der vorliegenden Streitfrage unerheblich sind. Werden sie also als vorhanden vorausgesetzt, so bleibt als wichtigste Frage übrig, ob bei den Naturalobligationen von einem „fälligen Anspruch" im Sinne des § 273 die Rede sein kann.

Die oben angestellte Untersuchung über das rechtliche Wesen der Naturalobligation führte zu dem Ergebnis, daß zwar ein Schuldverhältnis oder eine Obligation im gewöhnlichen Sinne des Gesetzes nicht vorliege, wohl aber eine obligationsähnliche Bindung[205]).

Da aber § 273 einen Anspruch, der noch dazu fällig sein muß, verlangt, ist die Frage noch präziser zu stellen, und zwar dahingehend, ob ein Anspruch im Rechtssinne bei einer Naturalobligation überhaupt bestehe.

§ 762 bestimmt ausdrücklich: „Durch Spiel und Wette wird eine Verbindlichkeit nicht begründet." Die Verbindlichkeit ist aber, worauf bereits hingewiesen wurde, die Kehrseite des Anspruches. Das Recht, eine Leistung zu verlangen, setzt immer einen Schuldner voraus, der verpflichtet ist, für den also eine Verbindlichkeit besteht. Fehlt es aber

[205]) Vgl. d. Arb, S. 10 f. u. S. 12 f.

an einer Verpflichtung seitens des Schuldners, so kann folgerichtig auch kein Anspruch auf seiten des Gläubigers gegeben sein. Ein subjektives Forderungsrecht des Gläubigers und ebenso eine subjektive Verpflichtung des Schuldners (d. h. also: von den Parteien aus gesehen!) wurde anerkannt[206]), aber auch darauf hingewiesen, daß der Gesetzgeber diesen Verbindlichkeiten die rechtliche Anerkennung versage[207]). Eine Verbindlichkeit und damit ein Anspruch im Sinne der Rechtsordnung besteht also nicht. Damit fehlt aber die fundamentalste Voraussetzung für die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechtes. Aus diesem Grunde wird man zu einer Ablehnung des Zurückbehaltungsrechtes auf Grund einer Spiel- oder Wettschuld gelangen müssen.

Das staatlich nicht genehmigte Lotterie- und Ausspielgeschäft sowie das Differenzgeschäft ist gemäß den §§ 763, 764 nach den Vorschriften des § 762, d. h. also wie Spiel und Wette, zu behandeln[208]). Das gleiche gilt vom Ehemäklervertrag[209]), da § 656 in seiner Normierung vollkommen dem § 762 entspricht.

In allen diesen Fällen ist daher ebenso wie bei Spiel und Wette die Zulässigkeit eines Retentionsrechtes zu versagen.

Schwieriger gestaltet sich die Frage allerdings bei den sittlichen Pflichten und Anstandsrücksichten. Hier könnte man vielleicht auf den Gedanken kommen, daß der Gesetzgeber, weil er die sittlichen Pflichten im Gegensatz zu den vorher erwähnten natürlichen Verbindlichkeiten billige[210]), ein Zurückbehaltungsrecht gestatten wolle.

Aber auch hier wird man von einem Anspruch im Rechtssinne, d. h. einem von der Rechtsordnung zuerkannten Recht auf Leistung, nicht sprechen können. Daß eine sittliche Pflicht zur Leistung auf seiten des Verpflichteten besteht, muß zugegeben werden, aber keine Rechtspflicht. Eine sittliche Pflicht begründet daher im Sinne der Rechtsordnung ebensowenig eine Verbindlichkeit für den (sittlich) Verpflichteten, wie einen Anspruch für den (sittlich) Berechtigten[211]).

Damit entfällt die Möglichkeit der Ausübung eines Zurückbehaltungsrechtes.

Die Richtigkeit dieses Ergebnisses wird aber auch bestätigt durch die ratio legis, die der Schaffung der natürlichen Verbindlichkeiten zugrunde liegt:

Der Gesetzgeber wollte in allen soeben erörterten Fällen jeglichen Zwang zur Erfüllung der Leistung ausschließen. Daß

---

[206]) Vgl. d. Arb., S. 10 u. S. 13.
[207]) Vgl. d. Arb., S. 8 f., S. 10 f., S. 13 f.
[208]) Vgl. d. Arb., S. 14 f. u. S. 15 f.
[209]) Vgl. d. Arb., S. 17 ff.
[210]) Vgl. d. Arb., S. 21, Anm. 84.
[211]) Vgl. d. Arb., S. 19 ff.

aber das Zurückbehaltungsrecht — selbst wenn man als seine Hauptfunktion die Sicherung anerkennt — auch einen Zwang ausübt, konnte bereits nachgewiesen werden[212]). Gerade dieser Zwang soll jedoch nach dem Willen des Gesetzes vermieden werden[213]).

Auf Grund des Gesagten kommt man zu der von der gesamten Literatur bestätigten Entscheidung, daß ein Retentionsrecht auf Grund von Naturalobligationen — und zwar derjenigen, die im Texte als „echte" bezeichnet wurden, — nicht möglich ist[214]).

---

[212]) Vgl. d. Arb., S. 41 ff.

[213]) An einer Sicherung der Forderung des Naturalgläubigers hat das Gesetz ebenfalls nicht das geringste Interesse, da es der natürlichen Verbindlichkeit jeglichen Gerichtsschutz versagt.

[214]) Vgl. u. a. Dernburg, Bd. II, 1, Bürg. Recht, S. 145; Planck, Bd. II, 1, zu § 273, Erl. 2a, α, bb; Schäfer, S. 440; Rehbein, Bd. II, S. 91, Anm. 77; Schlegelberger, S. 146; Schollmeyer, Recht d. Schuldv., S. 90; Staudinger, Bd. II, 1, zu § 273, Erl. I, 1b; Warneyer, Bd. I, zu § 273, V, S. 460.

D. Das Zurückbehaltungsrecht auf Grund der verjährten Forderung

§ 1. Prüfung der Voraussetzungen

Ob nun auf Grund der verjährten Forderung, die als Eventualnaturalobligation bezeichnet wurde, ein Retentionsrecht zulässig ist, wird in der Literatur außerordentlich bestritten.

Der Klarheit halber sei an dieser Stelle folgendes vorausgeschickt:

Wenn hier von einer verjährten Forderung gesprochen wird, so handelt es sich immer um eine solche, der gegenüber der Einwand der Verjährung geltend gemacht worden ist. Denn geschieht dies nicht, so liegt eine vollwirksame Obligation vor, die selbstverständlich die Ausübung eines Retentionsrechtes gestattet[215]). Hier aber soll lediglich der Fall behandelt werden, wo der Gegner die Einrede der Verjährung vorgeschützt hat.

Von den Voraussetzungen der Konnexität und Wechselseitigkeit kann auch hier aus den gleichen Gründen, wie bei der Untersuchung dieser Frage in bezug auf die echten Naturalobligationen, abgesehen werden.

Die Hauptvoraussetzung für die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes war ein „fälliger Anspruch". Es wurde bereits festgestellt, daß an sich auch ein klagloser Anspruch zur Geltendmachung des Retentionsrechtes genügt, da die Klagbarkeit kein wesentliches Moment des Anspruches darstellt[216]).

Es ist daher nicht richtig, wenn ein großer Teil der Literatur das Bestehen eines „klaglosen Anspruches" überhaupt leugnet und erklärt: „Wo keine Klagbarkeit, da auch kein Anspruch[217])". Daß diese Auffassung nicht richtig ist, zeigte

[215]) Vgl. d. Arb., S. 21 f.

[216]) Vgl. d. Arb., S. 47 f.

[217]) Vgl. Schäfer, S. 438, u. Schollmeyer, Vorb., S. 2.

sich besonders deutlich bei der Behandlung der verjährten Forderung. Dort konnte der Nachweis erbracht werden, daß die Verjährung den Anspruch zwar zu einem klaglosen macht, ihn aber nicht etwa aufhebt, sondern lediglich mit einer Einrede behaftet, die seine klageweise Geltendmachung ausschließt[218]).

Eine weitere Bestätigung geben die Motive[219]): „Vom Standpunkt des BGB. aus, welches klaglose Ansprüche überhaupt nur in wenigen Ausnahmefällen kennt, ist ferner irrelevant für die Zulässigkeit des Retentionsrechtes der Umstand, daß der Retentionsberechtigte seinen Anspruch mittels Klage verfolgen kann."

Hierauf folgt allerdings ein Satz, der durchaus im Gegensatz zu dem eben zitierten steht: „Im Gegenteil, mit der vollen Wirksamkeit des Anspruches ist auch beim Vorhandensein der übrigen Voraussetzungen die Zurückbehaltungsbefugnis von selbst gegeben, wie die volle persönliche Haftung des zunächst fordernden Teiles wegen des Anspruches des Retinenten für die Regel die Voraussetzung des Zurückbehaltungsrechtes ist."

Diese Stelle ist in der Tat mit der vorhergehenden kaum vereinbar. Statt der erwarteten Bekräftigung des ersten Satzes bringt der zweite Satz gerade die entgegengesetzte Auffassung. Er verlangt „die volle persönliche Haftung des zunächst fordernden Teiles". Aber gerade diese ist ja bei dem verjährten und daher klaglosen Anspruch infolge der dem zunächst fordernden Teile zustehenden Einrede ausgeschlossen. Es ist also keineswegs so falsch, wie es von verschiedener Seite angenommen wird[220]), wenn Schäfer, der die Retention auf Grund eines klaglosen einredebehafteten Anspruches ablehnt[221]), diese Stelle als Beleg für seine Auffassung zitiert.

Soviel geht aber aus den angeführten Sätzen hervor: Das BGB. kennt — wenn auch nur in Ausnahmefällen — klaglose Ansprüche! Trotz des Fehlens der Klagbarkeit behält der klaglose Anspruch seine Eigenschaft als „Anspruch"!

Dieser Anspruch muß aber fällig sein, d. h. ihm darf auch keine Einrede entgegenstehen[222]).

Das aber ist beim verjährten Anspruch nicht der Fall, wenn die Einrede der Verjährung geltend gemacht wird; denn von diesem Augenblick an ist er mit einer Einrede behaftet, mithin nicht mehr als fällig anzusehen.

Damit kommt man zu dem Ergebnis, daß eine verjährte Forderung, der gegenüber der Einwand der Verjährung geltend ge-

[218]) Vgl. d. Arb., S. 25.
[219]) Mot., Bd. II, S. 42.
[220]) Vgl. Brückner, S. 13 f.; Veit, S. 32, Anm. 2.
[221]) Vgl. Schäfer, S. 440.
[222]) Vgl. d. Arb., S. 47 f.

macht wird — nur dann! — **nicht** die Grundlage für die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechtes bilden kann[223]).

§ 2. Gründe, die für die Zulässigkeit des Retentionsrechts angeführt werden:

a) Analogie des § 390.

Gegen diese Entscheidung, die — wie noch gezeigt werden wird — vollkommen mit dem Willen des Gesetzgebers in Einklang steht, finden sich nun eine Reihe gewichtiger Einwendungen, die einer näheren Prüfung unterzogen werden müssen.

Insbesondere werden diese entgegengesetzten Auffassungen auf verschiedene Gesetzesbestimmungen gestützt, die der verjährten Forderung eine Reihe zwar sehr auffälliger, aber andererseits durchaus begründeter Rechtswirkungen zusprechen.

Nach § 390 Satz 2 BGB. ist eine verjährte Forderung dann aufrechenbar, wenn sie in dem Zeitpunkt noch nicht verjährt war, in dem sie gegen eine andere Forderung aufgerechnet werden konnte.

Auf Grund dieser Bestimmung will nun Staudinger[224]) eine analoge Anwendung auf das Zurückbehaltungsrecht herleiten. Diese Analogie ist jedoch unzulässig, weil sie der gesetzlichen Grundlage entbehrt.

Handelt es sich um gleichartige Ansprüche, die einander gegenüberstehen, dann kann der Auffassung von Staudinger zugestimmt werden: Aber dann bedarf es ja gar nicht der Ausübung eines Zurückbehaltungsrechtes, da die Aufrechnung zulässig ist. Würde der Gegner erklären, daß er ein Zurück-

---

[223]) Zum gleichen Ergebnis kommen: Dernburg, B. R., Bd. II, 1, § 57, Anm. 7, S. 145; Endemann, Bd. I, S. 712; v. Högen, S. 16; Langheineken, S. 330; Kowalski, S. 33 f.; Oertmann z. § 273, II, a, β; Planck, Bd. II, 1, z. § 273, Erl. 2, a, α, bb, S. 170; v. Renesse, S. 45; Schäfer, S. 438 ff.; Schoenenberg, S. 50 ff.; Simon, S. 65 ff.; Schwertner, S 28; Sievers i. Sächs. Arch., Bd. 14, S. 304; Staub-Koenige, Bd. III, z. § 369, Vorb., Anm. 9 ,S. 728; Düringer-Hachenburg, z. § 369, IV, b; Roth, S. 52.

Dagegen: Albrecht, S. 13; Breuer, S. 43; Enneccerus, I, 2, S. 85, Anmerkung 6; Fischer-Henle, § 273, Anmerkung 3; Rehbein, S. 91; Regelsberger, Jher. J., Bd. 41, S. 334; Rieger, S. 24; Schlegelberger, S. 147; Schollmeyer, S. 90; Brückner, S. 40; Hirschfeld, S. 24; Oesterheld, S. 18; Seidel, S. 67; Veit, S. 62; Wachsmann, S. 45; OLG. Hamb., Bd. VI, S. 91; KG. Rsp., Bd. 28, S. 50.

Analog § 390 lassen ein Retentionsrecht zu: Staudinger, Bd. II, 1, § 273, I, 1, d; Suppes, S. 25; Warneyer, Bd. I, § 273, V, S. 460.

[224]) Vgl. Staudinger, Bd. II, 1, z. § 273, I, 1, d; ebenso: Suppes, S. 25; Warneyer, Bd. I, § 273, V, S. 460.

behaltungsrecht geltend mache, so wäre darin eben die Aufrechnungserklärung zu erblicken.

Stehen sich aber ungleichartige Ansprüche gegenüber und ist aus diesem Grunde eine Aufrechnung nicht möglich, so kann auch nicht die Ausnahmebestimmung des § 390 Satz 2, die speziell für die Aufrechnung gilt, analog auf ein Zurückbehaltungsrecht angewandt werden.

Auf die Aehnlichkeit beider Rechtsinstitute ist bereits hingewiesen worden, aber auch auf die grundsätzliche Verschiedenheit[225]).

Die Bestimmung des § 390 Satz 2 entspricht jedoch durchaus dem Wesen der Aufrechnung und ist daher keineswegs so ungewöhnlich, wie es vielleicht im ersten Augenblick erscheinen könnte. Nach § 389 bewirkt die Aufrechnung, daß die sich gegenüberstehenden Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in dem sie sich aufrechenbar gegenübertraten. Dieser Zeitpunkt liegt im Falle des § 390 Satz 2 v o r der Vollendung der Verjährung. Die hierfür vorgesehene Gesetzesvorschrift entspricht daher völlig der Natur und dem Wesen der Aufrechnung.

Gleichwohl handelt es sich um eine Ausnahmebestimmung, ein ius singulare, das entgegen der sonst im Privatrecht zulässigen Gesetzesanalogie eine entsprechende Anwendung auf andere Fälle nicht zuläßt[226]).

Noch weniger ist es aber möglich, aus § 390 Satz 2 die Zulässigkeit des Retentionsrechtes bei verjährten Forderungen überhaupt schließen zu wollen[227]). Denn damit würde man ja jeder verjährten Forderung, die wegen Mangels der Voraussetzung des Satz 2 nicht aufgerechnet werden könnte, die Möglichkeit geben, durch die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes dennoch die Erfüllung bewirken zu können[228]). Das würde aber bedeuten, daß dem Gesetzgeber hier ein grobes Versehen unterlaufen sei, ein Vorwurf, der kaum zu rechtfertigen wäre.

Schollmeyer schließt die Möglichkeit des Zurückbehaltungsrechtes aus: „§ 390 Satz 1, wo die Aufrechnung mit verjährter Gegenforderung untersagt ist, während sich eine gleiche Vorschrift bezüglich des Zurückbehaltungsrechtes in § 273 nicht findet[229])".

Es wurde bereits darauf hingewiesen — und dies wird von Schollmeyer auch bestätigt[230]) —, daß der Satz 1 des § 390 nicht unbedingt notwendig war, da sich bereits aus § 387

---

[225]) Vgl. d. Arb., S. 37.
[226]) Vgl. Schäfer, S. 439.
[227]) Vgl. Rehbein, S. 91, Anm. 77.
[228]) Vgl. Schäfer, S. 438.
[229]) Schollmeyer, S. 90.
[230]) Vgl. Schollmeyer z. § 390, Anm. 1.

ergibt, daß einredebehaftete und damit nicht mehr fällige Forderungen nicht aufgerechnet werden können[231]). Lediglich als Grundsatz und Hinweis auf die nachfolgende Ausnahmebestimmung des Satz 2 war der Satz 1 des § 390 gedacht. Wenn also eine entsprechende Vorschrift bei § 273 fehlt, so besagt das nichts. Diese Bestimmung ist aber schon aus dem Grunde überflüssig, weil § 273 Abs. 1 ausdrücklich einen „fälligen Anspruch" voraussetzt, d. h. einen „einredefreien".

Dies gibt auch Schollmeyer selbst zu, indem er erklärt: „Auch darf der Forderung des Schuldners keine Einrede entgegenstehen[232])".

b) Sinn des § 222.

Es stellt in der Tat einen kaum erklärlichen Widerspruch dar, wenn Schollmeyer dann fortfährt: „Daß endlich auch wegen eines verjährten Gegenanspruchs das Zurückbehaltungsrecht ausgeübt werden kann, folgt aus § 222." Gerade aus § 222 folgt das Gegenteil!

Denn § 222 Abs. 1 gibt die Einrede der Verjährung, die ja gerade — wie Schollmeyer selbst richtig erkannt hat — dem Anspruch des Retentionsberechtigten nicht entgegenstehen darf.

Auch darauf kann die Zulässigkeit des Retentionsrechtes nicht gestützt werden, daß der Schuldner gemäß § 222 Abs. 2 eine verjährte Forderung erfüllen. anerkennen und sicherstellen kann[233]).

Diese Handlungen des Schuldners geschehen immer freiwillig, wogegen das Gesetz naturgemäß nichts einzuwenden hat. Denn die Verjährung soll ja in erster Linie dazu dienen, den Schuldner vor allzu weit zurückliegenden und deswegen nicht mehr genau feststellbaren Ansprüchen zu schützen[234]). Erfüllt der Schuldner eine derartige Forderung, erkennt er sie an oder bestellt er für sie eine Sicherheit, dann will er damit gerade ihre Berechtigung zum Ausdruck bringen. Ebensogut könnte er auf die Einrede der Verjährung verzichten oder sie einfach nicht geltend machen.

Durch das Zurückbehaltungsrecht soll aber ein Zwang zur Befriedigung ausgeübt werden. Wenn nun das Gesetz einer Forderung ausdrücklich die Erzwingbarkeit abspricht, so kann aus der Tatsache, daß der Schuldner diese Forderung freiwillig erfüllen darf, nicht auch geschlossen werden, daß er vom Gläubiger durch das Retentionsrecht hierzu gezwungen werden kann[235]).

---

[231]) Vgl. d. Arb., S. 47.
[232]) Vgl. Schollmeyer, S. 90.
[233]) Vgl. Rehbein, S. 91.
[234]) Vgl. Cosack-Mitteis, Bd. I, S. 295.
[235]) Dies nimmt offenbar Schollmeyer, a. a. O., an.

Die Tatsache schließlich, daß nach § 222 Abs. 2 das zur Befriedigung eines verjährten Anspruchs Geleistete nicht zurückgefordert werden darf, kann keinesfalls als hinreichend angesehen werden, um die verjährte Forderung als Grundlage für das Zurückbehaltungsrecht geeignet erscheinen zu lassen. Denn in der Ausübung des Retentionsrechtes liegt gleichzeitig der Versuch, den verjährten Anspruch aktiv geltend zu machen. Die Rückforderung des zur Erfüllung des verjährten Anspruchs Geleisteten ist deshalb ausgeschlossen, weil die Leistung freiwillig erfolgte und zur freiwilligen Tilgung einer Naturalobligation diente. Aus diesen Gründen wird der so geschaffene Rechtszustand vom Gesetzgeber sanktioniert.

Wird aber ein verjährter Anspruch aktiv geltend gemacht, so soll der Gegner, der durch eine Einrede geschützt ist und sich auf diese Einrede beruft, zu einer Leistung gezwungen werden. Gerade das will aber das Gesetz bei der verjährten Forderung vermeiden. Der Schluß, daß der Gesetzgeber ein Zurückbehaltungsrecht gestatten will, weil er die Rückforderung des Geleisteten ausschließt, ist daher nicht zulässig[236]).

c) Analogie des § 223.

Nach § 223 Abs. 1 kann der Berechtigte trotz der Verjährung des Anspruches, zu dessen Sicherung eine Hypothek oder ein Pfandrecht bestellt wurde, seine Befriedigung aus dem verhafteten Gegenstande suchen. Obschon also die persönliche Klage gegen den Schuldner nicht mehr möglich ist, weil das Klagrecht erloschen ist, bleibt die dingliche Haftung aus dem Pfande bestehen.

Auch diese ungewöhnliche und scheinbar mit dem Zweck der Verjährung nicht vereinbare Bestimmung findet eine Erklärung in dem Wesen des Hypotheken- und Pfandrechtes. Gleichwohl stellt auch diese Vorschrift eine Ausnahmebestimmung dar, die eine Analogie auf andere Fälle nicht gestattet. Wie bei der Aufrechnung wurde auch hier auf die Aehnlichkeit zwischen Pfand- und Retentionsrecht hingewiesen, aber auch auf die grundsätzlichen Unterschiede[237]).

Die im § 223 Abs. 1 zum Ausdruck kommende Fortwirkung des Pfandrechtes trotz der inzwischen eingetretenen Verjährung des persönlichen Anspruches ist eine natürliche Folge der dinglichen Eigenschaft des Hypotheken- und Pfandrechtes. Das Zurückbehaltungsrecht ist dagegen rein obligatorischer Natur.

---

[236]) Vgl. Schäfer, S. 439.

[237]) Vgl. d. Arb., S. 36 f.

d) Vergleich mit dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht. (§§ 369 ff. HGB.)

Auch daraus, daß im HGB. (§ 371) beim kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht unter gewissen Voraussetzungen die Befriedigung aus der zurückbehaltenen Sache gestattet ist, kann m. E. keinerlei Rückschluß auf das Retentionsrecht des BGB. gezogen werden. Denn einmal handelt es sich hier um ein speziell auf den Handelsverkehr zugeschnittenes und diesem Rechnung tragendes Institut, dann aber wird auch hier ein Zurückbehaltungsrecht auf Grund einer verjährten Forderung nicht anzuerkennen sein[238]). Genauso wie § 273 BGB. verlangt auch § 369 HGB. — wenn man von dem wiederum ein Ausnahmerecht darstellenden sogenannten Notzurückbehaltungsrecht des § 370 HGB. absieht — einen „fälligen Anspruch", der aus den gleichen Gründen wie im BGB. bei der verjährten Forderung nicht mehr vorliegt. Hinzu kommt, daß die Bestimmung des § 369 Abs. 3 HGB. in praxi ein Zurückbehaltungsrecht auf Grund eines verjährten Anspruches immer ausschließen wird, da sie eine Retention dann nicht zuläßt, wenn diese der Anweisung des Schuldners oder der Verpflichtung des Gläubigers, in bestimmter Weise mit dem Gegenstande zu verfahren, widerstreitet. Man geht aber kaum fehl, wenn man annimmt, daß im kaufmännischen Leben in Ansehung der in den Besitz des Zurückbehaltenden gelangenden Sache immer eine bestimmte Weisung vorliegt[239]). In erhöhtem Maße gilt dies, wenn der Anspruch des Retinierenden verjährt ist.

Aus der Tatsache, daß das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht in einem Befriedigungsrecht gipfelt, kann aber nicht etwa gefolgert werden, daß es ein dingliches Recht sei. Sein obligatorischer Charakter ist unbestreitbar. Es ist vielmehr ein pfandartiges Recht, aber kein wahres Pfandrecht[240]).

Das Retentionsrecht des BGB. stellt gegenüber dem des HGB. ein noch weit schwächeres Zurückbehaltungsrecht dar, so daß auch dieser Hinweis nicht dazu angetan zu sein scheint, die Ansicht der Zulässigkeit einer Retention auf Grund einer verjährten Forderung zu stützen.

e) Billigkeitsrücksichten.

Enneccerus[241]) entscheidet die vorliegende Streitfrage in bejahendem Sinne, indem er als Begründung folgenden Gedankengang bringt: „Es wäre auch höchst unbillig, wenn z. B.

[238]) Staud-Koenige, III, Vorb. z. §§ 369 f., Anm. 9; Dür.-Hach, § 369, IV, b.
[239]) Vgl. Staud-Koenige a. a. O., Anm. 42, S. 740.
[240]) Vgl. Staud-Koenige a. a. O., Anm. 1, S. 709.
[241]) Vgl. Enneccerus, I, 2, § 249, I, 2, S. 85, Anm. 6.

der Verkäufer, der die Ware nicht geleistet und noch unmittelbar vor der Verjährung beider Ansprüche Klage erhoben hat, den Kaufpreis fordern könnte, ohne die Einrede des nicht-erfüllten Vertrages fürchten zu müssen."

Abgesehen davon, daß zwischen der Einrede des Zurückbehaltungsrechtes und der des nichterfüllten Vertrages gewisse Unterschiede bestehen[242]), und daher eine Identifizierung nicht zulässig ist, kann dieses Beispiel keineswegs den Beweis für die Richtigkeit der vertretenen Auffassung erbringen.

Darin, daß der Verkäufer so lange mit der Geltendmachung seines Anspruches gewartet hat, liegt unzweifelhaft ein Verzicht, der sein Verlangen jetzt nicht mehr gerechtfertigt erscheinen läßt. Zumindest ist aber in einem derartigen Verhalten des Verkäufers eine Arglist zu erblicken, und schon aus diesem Grunde seine Klage abzuweisen.

Auch aus dem Zwecke des Zurückbehaltungsrechtes seine Zulässigkeit bei verjährten Forderungen herleiten zu wollen, mit der Begründung, daß eine derartige Entscheidung der Billigkeit entspreche, weil das Retentionsrecht ja nur sichern wolle, ist nicht angängig[243]).

Wenn auch der Hauptzweck des Retentionsrechtes in der Sicherung liegen mag, so ist doch andererseits der Zwang unverkennbar[244]).

Wenn gesagt wird, daß der Zweck der Sicherung dahingehe, daß man die Erfüllung seines Anspruches demnächst erhalten werde[245]), so gibt man ja damit auch die Zwangsfunktion zu. Diese aber steht dem Sinn und Zweck des Verjährungsinstitutes entgegen.

§ 3. Wirkung der Verjährung auf die Einreden

Oertmann[246]), der in Uebereinstimmung mit der im Text vertretenen Auffassung zu einer Ablehnung des Zurückbehaltungsrechtes aus verjährten Forderungen gelangt, schließt dies daraus, daß die Einrede aus § 273 von der Verjährung des ihr zugrunde liegenden Anspruches betroffen wird, und daher bei Geltendmachung der Verjährungseinrede untergeht. Diese Ansicht ist jedoch unzutreffend.

Es konnte festgestellt werden, daß der einredebehaftete Anspruch nicht mehr „fällig" ist. Die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes wird also nicht etwa deswegen ausgeschlossen, weil sie als solche verjährt oder durch die Replik der Verjährung zerstört wird, sondern vielmehr deshalb, weil

---

[242]) Vgl. d. Arb., S. 49 ff.
[243]) Vgl. Brückner, S. 23 f.; Veit, S. 51 f; Wachsmann, S. 41 f.
[244]) Vgl. d. Arb., S. 42 f.
[245]) So: Brückner, S. 24.
[246]) Vgl. Oertmann, Recht d. Schuldv., z. § 273, II, a, β.

die Voraussetzungen für ihre Geltendmachung infolge der inzwischen eingetretenen Vollendung der Verjährung nicht mehr vorliegen.

Immerhin scheint es geboten, die Wirkung der Verjährung auf die Einreden zu untersuchen.

Im römischen Recht galt der Satz: „quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua[247])". Vernichtet wurde also durch die Verjährung die actio, nicht aber die exceptio!

Im gemeinen Recht findet sich aber schon eine Unterscheidung zwischen Einreden, die lediglich einen Anspruch geltend machen und gleichzeitig mit diesem Anspruch verjähren (unselbständige), und solchen, die eine selbständige Existenz führen und von der Verjährung der zugrunde liegenden Verbindlichkeit nicht betroffen werden (selbständige)[248]. Die gleiche Auffassung wird auch in den Motiven vertreten[249]): „Gründet sich der die Geltendmachung eines Anspruches in Form der Einrede ausschließende Umstand in einem der Verjährung unterworfenen Rechte, so hat die Verjährung des Rechts auch den Verlust der Einrede zur Folge . . ."

„Soweit Einreden eine selbständige Bedeutung zukommt, unterliegen sie der Verjährung nicht."

Das BGB. gibt keine eindeutige Klärung dieser Frage, so daß auch heute noch die Ansichten hierüber auseinandergehen. Soviel scheint jedoch gewiß, daß die Einreden als solche nicht der Verjährung unterliegen, da § 194 BGB. ausdrücklich bestimmt, daß nur der Anspruch der Verjährung unterworfen sei. Die Einrede ist aber kein Anspruch, sondern lediglich ein Gegenrecht oder ein Rechtsschutzanspruch[250]). Während die Ansprüche Rechte sind, die auf ein Tun oder Unterlassen gehen, besteht das Wesen der materiellrechtlichen Einrede in dem Leistungsverweigerungsrecht. Die obige Annahme entspricht aber auch der Gerechtigkeit, da die Geltendmachung der Einrede nicht lediglich von dem Willen des Einredeberechtigten abhängt, sondern die Erhebung der Klage gegen ihn voraussetzt[251]). So erklären denn auch die Motive[252]) an einer Stelle richtig: „Eine besondere Einredeverjährung ist dem Entwurfe fremd."

Gleichwohl kommt man praktisch zu dem gleichen Ergebnis wie die gemeinrechtliche Lehre:

Denn die selbständigen Einreden bestehen trotz der Verjährung des ihnen zugrunde liegenden Anspruches weiter, nicht dagegen die unselbständigen. Diese letzten — das

[247]) Vgl. Crome, Bd. I, S. 505, Anm. 9; Dernburg, Pand., Bd. I, S. 150, Anm. 8; Savigny, Bd. V, § 253 ff., Syst.
[248]) Vgl. Windscheid-Kipp, Bd. I, § 112.
[249]) Vgl. Mot., Bd. I, S. 291.
[250]) Vgl. Oertmann, Bd. I, Vorb. z. § 194 ff., S. 717.
[251]) Vgl. Enneccerus, I, 1, § 218, V, 1, S. 613.
[252]) Vgl. Mot., Bd. I, S. 292.

muß betont werden — „verjähren" aber richtigerweise nicht. sondern „erlöschen" mit der vollendeten Verjährung des Anspruches, dem zu dienen sie bestimmt sind. Dies ergibt sich aus der Natur der unselbständigen Einreden: Denn wo ein Anspruch nicht mehr geltend gemacht werden kann, ist auch die Einrede überflüssig, die lediglich zum Zwecke dieser Geltendmachung bestimmt ist[253]).

Daß sich nun im BGB. zwei Paragraphen vorfinden (§§ 821, 853), die ausdrücklich bestimmen, daß trotz der Verjährung der Ansprüche die Einreden bestehen bleiben, läßt keineswegs ein argumentum e contrario dahingehend zu, daß alle anderen Einreden verjähren[254]).

Nach § 821 kann derjenige, der ohne rechtlichen Grund eine Verbindlichkeit eingeht, die Erfüllung auch dann verweigern, wenn der Anspruch auf Befreiung von der Verbindlichkeit verjährt ist.

Aehnlich kann nach § 853, wenn jemand durch eine von ihm begangene unerlaubte Handlung eine Forderung gegen den Verletzten erlangt, dieser auch dann die Erfüllung verweigern, wenn der Anspruch auf Aufhebung der Forderung verjährt ist.

Diese beiden Fälle, die den besonderen Schutz der Allgemeinheit bezwecken, wurden aus eben diesem Grunde vom Gesetzgeber hervorgehoben. Es läßt sich daher aus ihnen ebensowenig der Schluß ziehen, daß die anderen Einreden, bei denen sich eine derartige Bestimmung nicht findet, verjähren[255]), wie etwa der Schluß, daß die anderen Einreden in entsprechender Weise weiterbestehen[256]).

Umgekehrt findet sich z. B. in § 478 BGB. der Fall, wo die Einrede des Käufers wegen Mängel der Kaufsache durch die Verjährung des Anspruchs wegen der Mängel erlischt, wenn der Käufer nicht rechtzeitig dem Verkäufer den Mangel anzeigt.

Hier wäre es genau so ungerechtfertigt, den Schluß ziehen zu wollen, daß nach dem BGB. die Einreden in der Regel verjähren sollen[257]).

---

[253]) Veit, S. 60 f., weist darauf hin, daß es im höchsten Grade inkonsequent wäre, wenn man die Einreden und vor allem die Verjährungseinrede selbst verjähren lassen wollte, da dies unhaltbar und dem Institut der Verjährung widersprechend sei. Darin ist ihm zwar beizustimmen; aber seine Ausführungen sind dennoch insofern gegenstandslos, als niemand die Einrede der Verjährung als eine unselbständige Einrede bezeichnet. Als selbständige Einrede unterliegt sie aber nach Ansicht sämtlicher Autoren nicht der Verjährung.

[254]) Vgl. Peill, S. 33, Anm. 5.

[255]) Vgl. Peill, S. 33, Anm. 5. — Wie oben: Abegg, S. 73; Dernburg, Bd. I, S. 604; Brückner, S. 21.

[256]) Vgl. Dernburg a. a. O.; Veit, S. 61.

[257]) Vgl. Dernburg a. a. O.; Veit a. a. O.

Allein richtig ist die obige Feststellung, daß die Einreden grundsätzlich nicht verjähren, weil sie keine Ansprüche sind, das Gesetz aber nur Ansprüche der Verjährung unterwirft[258]).

§ 4. Anspruch oder Forderung?

In den vorstehenden Ausführungen wurde abwechselnd von „verjährten Ansprüchen" und „verjährten Forderungen" gesprochen. Es bleibt also noch die Frage zu klären, ob diese Begriffe identisch sind.

Nach § 194 ist der Anspruch das subjektive Recht gegenüber einer bestimmten Person, ein Tun oder Unterlassen zu verlangen.

Es gibt aber auch Ansprüche, die sich gegen jedermann richten. Die letzten nennt man absolute Ansprüche, die ersten relative[259]). Diese Unterscheidung gilt allgemein für alle Rechte.

Die sich aus Schuldverhältnissen ergebenden Rechte sind — worauf schon die Bezeichnung Schuldverhältnis hindeutet — immer relative Rechte, d. h. solche, die sich gegen eine bestimmte Person richten. Das Schuldverhältnis gemäß § 241 BGB. kann man also als ein „rechtliches Verpflichtungsverhältnis zwischen zwei Personen" bezeichnen[260]), kraft dessen die eine, der Gläubiger, berechtigt ist, von dem anderen, dem Schuldner, eine Leistung zu fordern. Das Forderungsrecht oder kurz: die Forderung, ist also ein Ausfluß des Schuldverhältnisses.

Nach § 194 Abs. 1 ist der Anspruch „das Recht, von einem anderen ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen".

Nach § 241 ist der Gläubiger kraft des Schuldverhältnisses „berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen."

Wenn im § 241 gesagt wird, die Leistung könne auch in einem Unterlassen bestehen, dann ist sie eben immer „ein Tun oder ein Unterlassen". Mit anderen Worten heißt das, daß der Anspruchsbegriff des § 194 sich vollkommen mit dem Forderungsbegriff des § 241 deckt. Beide sind das Recht auf eine Leistung[261]).

Gleichwohl kann Anspruch und Forderung nicht schlechthin identifiziert werden. Denn das subjektive Recht des BGB.

[258]) Vgl. Crome, Bd. I, S. 504, Anm. 3, S. 505; Abegg, S. 70; Brückner, S. 21; Eck, S. 212; Enneccerus, I, 1, § 218, V, 1, S. 613 f.; Fischer-Henle, z. § 194, Anm. 2; Oertmann a. a. O., S. 711; Veit, S. 60 ff.; Dernburg, Pand., Bd. I, § 150; ders., B. R., Bd. I, S. 603 ff.

[259]) Vgl. Cosack-Mitteis, Bd. I, S. 43; Enneccerus, I, 1, § 204; Oertmann, Bd. I, Vorb. z. §§ 194 ff.; Warneyer, Bd. I, z. § 194, I, S. 345 f.

[260]) Vgl. Endemann, Bd. 1, S. 574; Warneyer, § 241, I, S. 394.

[261]) Vgl. Enneccerus, I, 1, § 203, I, 1, Anm. 1; Hellwig, A. u. K., S. 5; Langheineken, S. 19, 20; Veit, S. 34 f.; Fischer, Recht u. Rechtsschutz, S. 89.

ist je nach dem Recht der Schuldverhältnisse, dem Sachen-, Familien- oder Erbrecht verschieden. Dementsprechend ist zwischen dem schuldrechtlichen, sachen-, familien- und erbrechtlichen Anspruch zu unterscheiden. Der Begriff des Anspruchs ist also umfassender als der der Forderung[262]). Dagegen steht einer Identifizierung des schuldrechtlichen Anspruches mit der Forderung nichts im Wege[263]).

Diese Feststellung deckt sich insofern mit dem juristischen Sprachgebrauch, als von einer „dinglichen Forderung" — worauf bereits hingewiesen wurde — nicht die Rede sein kann. Wo im Sachenrecht das Wort F o r d e r u n g vorkommt, handelt es sich immer um eine schuldrechtliche Forderung.

Dernburg[264]) will zwischen den beiden Ausdrücken „verlangen" und „fordern" scharf unterscheiden. Unter Verlangen sei das Recht zu verstehen: „etwas im Wege der Klage fordern zu dürfen". In dem Ausdruck Verlangen liege die Befugnis zur Anwendung der stärksten zu Gebote stehenden Machtmittel für den Fall, daß sich der Verpflichtete seiner Leistungspflicht entziehen will. Der Begriff des Forderungsrechtes dagegen sei als ein Ausdruck lediglich für die Tatsache der Berechtigung gegenüber einer Person von diesem Momente befreit[265]). Er sei „das Recht im Zustande der Ruhe, während der Anspruch das Recht im Zustande der Geltendmachung, d. h. der Bewegung nach außen[266])" sei.

Diese Unterscheidung erscheint aber als willkürlich, weil sie jeder Grundlage im Gesetz entbehrt. Man geht kaum fehl, wenn man annimmt, daß der Gesetzgeber mit beiden Bezeichnungen dasselbe sagen will. Daraus, daß im § 194 v e r l a n g e n, im § 241 f o r d e r n steht, läßt sich die oben vertretene Unterscheidung nicht folgern. Denn man könnte genau so gut sagen, daß der Ausdruck „Fordern" das Moment des klageweisen Vorgehens in sich enthalte, die Bezeichnung „Verlangen" dagegen nicht. Das wäre aber ebenfalls willkürlich und daher unzulässig.

Dennoch werden gegen die Gleichstellung beider Begriffe Bedenken geäußert.

So erklärt Crome[267]): „Ist das Schuldverhältnis bedingt oder betagt, so existiert zwar die Forderung, aber noch kein Anspruch." Aehnlich behauptet Dernburg[268]), daß bei bedingten und befristeten Ansprüchen zwar ein Gläubigerrecht bestehe, aber noch kein Anspruch.

---

[262]) Vgl. Crome, Bd. I, S. 181; Moeller, S. 8.

[263]) Vgl. Mot., Bd. I, S. 292, sowie die in Anm. 261 d. Arb. Zitierten.

[264]) B. R., Bd. I, S. 115 f.

[265]) Vgl. Thon, S. 6 ff.; Wachsmann, S. 9.

[266]) Kuntze, S. 76.

[267]) Vgl. Crome, Bd. I, S. 181, Anm. 11.

[268]) Dernburg, B. R., Bd. I, S. 577, 578.

Bei den bedingten Rechtsgeschäften, die zunächst behandelt werden sollen, können die resolutiv-bedingten vollkommen außer Acht gelassen werden, da sie vollwirksame Schuldverhältnisse darstellen, die erst bei Eintritt der Bedingung aufgelöst werden.

Daß beim aufschiebend bedingten Schuldverhältnis noch kein Anspruch existiert, ist richtig. Aber es besteht auch noch keine Forderung. „Solange eine aufschiebende Bedingung noch nicht erfüllt, aber ihre Erfüllung noch möglich ist, besteht ein Schwebezustand. Währenddessen hat der bedingt Berechtigte das ihm bei der Erfüllung der Bedingung zugedachte Recht noch nicht erworben, kann es also noch nicht geltend machen. Doch hat er wenigstens eine feste Anwartschaft auf das Recht[269])".

Es ist also weder ein Anspruch, noch eine Forderung entstanden; denn eine Anwartschaft kann man schlecht als eine Forderung bezeichnen. In dem Wesen der Bedingung liegt es, daß ein Zustand der Ungewißheit besteht, daß es fraglich ist, ob jemals aus dem bedingten Schuldverhältnis ein Anspruch überhaupt entstehen wird. Der Anspruch hingegen ist immer auf etwas Bestimmtes gerichtet. Das gleiche gilt von der Forderung. Auch v. Thur[270]), der an sich eine Scheidung zwischen Anspruch und Forderung lehrt, gibt zu, daß es sich hier nur um eine „Anwartschaft auf den Erwerb der Forderung" handelt.

Im Widerspruch zu dieser Feststellung scheint das BGB. zu stehen, daß in den §§ 1113 und 1204 von „bedingten Forderungen" spricht. Dies kann aber nur so verstanden werden, daß das Gesetz einen kurzen Ausdruck benötigte, der die Anwartschaft des bedingt Berechtigten bezeichnet[271]). Keinesfalls sollte aber damit gesagt werden, daß die Forderung schon vor dem Eintritt der Bedingung entstanden sei.

Aehnlich verhält es sich mit den befristeten Rechtsgeschäften[272]). Wird bei einem Rechtsgeschäft eine Frist bestimmt, nach deren Ablauf das Schuldverhältnis entstehen soll, so treten die Rechtswirkungen dieses Geschäftes erst am Schluß dieser Frist ein. Dies folgt aus § 163 in Verbindung mit § 158, wonach für ein durch Anfangstermin befristetes Rechtsgeschäft die Vorschriften über die aufschiebende Bedingung entsprechend zur Anwendung kommen.

---

269) Vgl. Cosack-Mitteis, Bd. I, S. 221; ebenso: Enneccerus, I, 1, § 185, I, 1; Oertmann a. a. O., S. 698; Langheineken, S. 52; Siber, Rechtszw., S. 82; Schollmeyer, S. 90.

270) Vgl. v. Tuhr, S. 263.

271) Vgl. Hellwig, A. u. K., S. 6 f.; v. Tuhr, S. 263; Veit, S. 36.

272) Das durch Endtermin befristete Rechtsgeschäft, das entsprechend einem resolutiv bedingten zu behandeln ist, kann aus den gleichen Gründen wie oben außer Betracht gelassen werden. Vgl. diese Seite oben.

Erst mit dem Eintritt des bestimmten Termines entsteht hier der Anspruch bzw. die Forderung[273]).

Wird nun aber ein Rechtsgeschäft in der Art abgeschlossen, daß nach dem Willen der Parteien die Rechtswirkungen sofort eintreten, aber die Geltendmachung der Rechte erst von einem bestimmten Termin an zulässig sein sollen, dann spricht man von einem betagten Rechtsgeschäft.

In diesem Falle ist das Forderungsrecht sofort entstanden und lediglich der Zeitpunkt seiner Geltendmachung hinausgeschoben worden. Der Anspruch ist noch nicht fällig, sondern betagt. Dies ergibt sich aus § 271 Abs. 2 und auch aus § 813 Abs. 2[274-275]).

Aus dem Gesagten geht hervor, daß ein Unterschied zwischen Forderung und Anspruch nicht zu finden ist. Alles, was sich von dem einen Begriff sagen läßt, trifft auch auf den anderen zu. Beide — Anspruch wie Forderung — richten sich gegen eine bestimmte Person, beide entstehen zu gleicher Zeit, beide werden von der Fälligkeit in gleichem Maße betroffen und auf beide finden alle Rechtsätze gleiche Anwendung[276]).

v. Tuhr[277]) lehnt eine Identität beider Begriffe ab, weil er in der Forderung einen weiteren Begriff sieht als in dem Anspruch. Die Forderung umfaßt nach v. Tuhr einerseits den Anspruch, andererseits aber auch die Nebenrechte des Gläubigers, wie z. B. Kündigung, Anfechtung, Aufrechnung usw.

Offensichtlich versteht v. Tuhr unter Anspruch sowohl die absoluten als auch die relativen Ansprüche. Daß die absoluten Ansprüche nicht mit der Forderung identifiziert werden können, wurde bereits konstatiert. Eine Erklärung für die abweichende Auffassung v. Tuhrs ist aber vielleicht auch darin zu suchen, daß er in § 241 eine Definition des Schuldverhältnisses sieht[278]).

Tatsächlich gibt jedoch § 241 keine Begriffsbestimmung des Schuldverhältnisses, sondern besagt nur, daß: „kraft des Schuldverhältnisses" eine Forderung für den Gläubiger entsteht. Das Schuldverhältnis — und nicht die Forderung — erzeugt den schuldrechtlichen Anspruch, es ist also umfassender als die

[273]) Vgl. Cosack-Mitteis, Bd. I, S. 226; Enneccerus, I, 1, § 186, I, 1 u. 2; Oertmann a. a. O., S. 698; Langheineken, S. 51 ff.; Planck Bd. I, z. § 163.

[274]) Vgl. d. Arb., S. 44 f.

[275]) Enneccerus, I, 1, § 203, I, 3, Anm. 6, leugnet einen Unterschied zwischen befristeten und betagten Ansprüchen. Wenn auch zugegeben werden muß, daß praktisch eine Unterscheidung oft Schwierigkeiten machen wird, so ist doch andererseits das völlige Bestreiten des Unterschiedes zwischen Betagung und Befristung ungerechtfertigt. Ebenso: Langheineken, S. 51 ff; Oertmann, S. 698.

[276]) Vgl. Veit, S. 38.

[277]) v. Tuhr, S. 241 f. Der allg. Teil des deutschen bürgerlichen Rechts.

[278]) Vgl. auch Veit, S. 39.

Forderung oder der Anspruch. Aus ihm — dem Schuldverhältnis — entsteht der Anspruch, die Forderung, die Schuld. Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß wiederholt sogar im Gesetz der Ausdruck Schuldverhältnis für Forderung gebraucht wird, so z. B. im § 362, wo vom Erlöschen des Schuldverhältnisses die Rede ist, aber nur das Erlöschen der Forderung gemeint sein kann[279]).

Ebenso wie der Anspruch entspringen auch die übrigen Rechte wie Kündigung, Anfechtung, Aufrechnung, Einrede usw dem Schuldverhältnis[280]).

Oertmann[281]) erklärt: „Anspruch ist mit dem Rechte nicht identisch, vielmehr nur eine Folgeerscheinung, ein Ausfluß des subjektiven Rechts". Das ist für die absoluten Rechte zutreffend und wohl auch kaum bestritten. Für die Forderungsrechte dagegen kann dies nicht anerkannt werden. Diese sind mit dem Anspruch identisch[282]).

Nicht angängig ist es schließlich, wenn Wachsmann[283]), der davon ausgehet, daß Anspruch und Forderung zwei verschiedene Begriffe sind, einfach erklärt, durch die Verjährung erlösche der Anspruch, es bleibe aber die Forderung — die er also als etwas Schwächeres ansieht — bestehen. Da dies im Widerspruch zu verschiedenen Gesetzesbestimmungen steht, hilft er sich in der Weise, daß er überall da, wo nach seiner Meinung der Ausdruck „Anspruch" unberechtigt ist, die Bezeichnung „Forderung" eingesetzt wissen will. So erklärt er: „. . . und besteht, wie es im § 223 Abs. 1 heißt, eine Hypothek oder ein Pfandrecht für einen Anspruch, so besteht die Sicherung eigentlich nicht für einen „Anspruch", sondern für die „Forderung" (vgl. §§ 1113 und 1204). Und endlich in § 390 Satz 2 stehen sich ebenfalls nicht „Ansprüche", sondern „Forderungen" gegenüber."

Auf diese Weise kommt er zur Bejahung der „Anspruchsverjährung" im Sinne des gemeinen Rechts, d. h. zu der Annahme, daß der Anspruch durch die Verjährung erlösche, andererseits aber auch zur Zulässigkeit eines Zurückbehaltungsrechtes auf Grund einer verjährten Forderung, da ja die „Forderung" trotz der Verjährung bestehen bleibe.

Diese willkürliche, mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht vereinbare Konstruktion kann aber keinesfalls gebilligt werden.

Aus alledem ergibt sich, daß die oben festgesetzte Gleichstellung von Anspruch und Forderung im Recht der Schuld-

---

[279]) Vgl. Fischer-Henle, Anm. 1, z. § 362; Veit, S. 39.
[280]) Vgl. Hellwig, A. u. K., S. 5; Veit, S. 40.
[281]) Vgl. Oertmann a. a. O., S. 695.
[282]) Vgl. Hellwig, A. u. K., S. 5 ff.; Enneccerus, I, 1, § 204, I; Kipp z. Windscheid, Bd. I, § 43, S. 189; Planck, Bd. 1, Vorb. 5 f.; Mot. Bd. I, S. 291 — A. A. Langheineken, S. 24 ff.
[283]) Vgl. Wachsmann, S. 12.

verhältnisse durchaus berechtigt ist[284]), und daß alle Versuche, einen Unterschied zwischen diesen beiden Begriffen zu schaffen, rein terminologischer Natur sind.

III. Schluß

Bestätigung des gewonnenen Resultates durch die §§ 222 und 274

Aus den vorstehenden Untersuchungen läßt sich zusammenfassend folgendes sagen:

Das Zurückbehaltungsrecht auf Grund einer verjährten Forderung ist abzulehnen, wenn die Verjährung vom Gegner geltend gemacht wird. Denn durch die Erhebung der Einrede verliert der Anspruch des Retinierenden seine Fälligkeit, so daß die im § 273 verlangten Voraussetzungen nicht mehr vorliegen.

Diese Entscheidung entspricht voll und ganz dem Willen des Gesetzgebers, was mit überzeugender Klarheit aus folgender Betrachtung hervorgeht, die m. E. in der Literatur nirgends mit dem nötigen Nachdruck vertreten wird[285]):

Macht der Schuldner A wegen einer ihm zustehenden, aber verjährten Forderung gegenüber dem Gläubiger B an einer diesem gehörenden Sache ein Zurückbehaltungsrecht geltend, so wird B — falls er die Forderung des A nicht anerkennt — gegen diesen auf Leistung klagen. Der Einrede des Zurückbehaltungsrechtes seitens des A hält B die Replik der Verjährung entgegen.

Wollte nun das Gericht annehmen, daß ein Zurückbehaltungsrecht auf Grund einer verjährten Forderung zulässig sei, so müßte es gemäß § 274 den Gläubiger B ebenso wie den Schuldner A zur Leistung Zug um Zug verurteilen, d. h. es würde eine Verurteilung des B trotz der von ihm mit vollem Rechte geltend gemachten Verjährung erfolgen.

Dies würde aber den denkbar gröbsten Widerspruch und Verstoß gegen § 222 Abs. 1 darstellen, der ausdrücklich erklärt, daß der an sich Leistungspflichtige nach Vollendung der Verjährung berechtigt ist, die Leistung zu verweigern. Die Ver-

[284]) Vgl. Crome, Bd. I, S. 180, Anm. 10; Eck, S. 204; Endemann, Bd. I, S. 452, S. 574; Enneccerus, I, 1, § 203, I, 1, Anm. 1; Moeller, S. 42; Veit, S. 38; Windscheid-Kipp, Bd. I, S. 186, Anm. 6a; Windscheid, actio, S. 39.

[285]) Ausgenommen vielleicht: Schäfer a. a. O.

jährungseinrede wäre also praktisch einfach wertlos, da ja „der Schuldner das, was er im Wege der Rechtshilfe nicht erlangen kann, durch Selbsthilfe erreichen" könnte[286]). „Es kann aber doch vernünftigerweise nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, das dem Schuldner durch § 222 Abs. 1 gewährte Recht auf Umwegen durch die Vorschrift des § 273 wieder entziehen zu wollen[287])".

In erster Linie müssen rechtliche Erwägungen bei der Beurteilung der hier erörterten Frage maßgebend sein, nicht etwa nur allgemeine Billigkeitsrücksichten, auf die man sich allzu gern beruft. Die gesetzlichen Bestimmungen müssen eben so gestaltet sein — und sind es auch! —, daß sie voll und ganz der Billigkeit enstprechen.

Daß die Verjährung eine Härte gegenüber dem Betroffenen bedeutet und von ihm ein Opfer verlangt, kann nicht geleugnet werden; aber dieses Opfer ist im Interesse der allgemeinen Verkehrssicherheit erforderlich. Hier ist aber in der Tat nicht einzusehen, warum derjenige, der die Möglichkeit einer Retention nicht hat, im Falle der Verjährung seines Anspruches schlechter gestellt sein soll als ein anderer, der zufälligerweise ein Zurückbehaltungsrecht an einer Sache des Gegners ausüben kann. Eine derartige Unterscheidung wäre gerade unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit nicht zu rechtfertigen.

Gegen ein ungerechtfertigtes oder doloses Vorschützen der Verjährung aber — um auch diesem Einwande zu begegnen — bieten die Vorschriften des BGB. über Treu und Glauben genügend Schutz.

---

[286]) Vgl. Schäfer, S. 438. — Der Ausdruck „Selbsthilfe" wird von Schäfer deshalb hier zu Recht gebraucht, weil die Voraussetzungen des Retentionsrechtes nicht vorliegen.

[287]) Vgl. Schäfer, S. 438.

Literaturverzeichnis

1. Kommentare:

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch, 2. Aufl., 3. Bd., 1913, Mannheim-Leipzig.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch, 13. Aufl., München 1927.

Hölder: Kommentar zum BGB., Allgemeiner Teil, München 1900.

Meisner: Kommentar zum BGB., Breslau 1898.

Oertmann: Kommentar zum BGB., Allgemeiner Teil, 3. umgearbeitete Auflage, Berlin 1927 (zit. Oertmann I).

— Kommentar zum BGB., Recht der Schuldverhältnisse, 3./4. Aufl., Berlin 1910 (zit. Oertmann II).

Planck: Kommentar zum BGB., Bd. 1, 3. Aufl., 1903, Berlin.

— Kommentar zum BGB., Bd. 1, 4. Aufl., Berlin 1913, herausgegeben von Strohal.

— Kommentar zum BGB., Bd. 2, 1. Hälfte, 4. Aufl., Berlin 1914, herausgegeben von Strohal.

Rehbein: Das BGB. mit Erläuterungen, 2. Bd., Berlin 1903.

Scherer: Kommentar zum BGB., Recht der Schuldverhältnisse in der Gesetzgebung des Deutschen Reiches, mit Erläuterungen, Bd. 7, Erlangen 1899.

Schollmeyer: Kommentar zum BGB., Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, München 1900.

Staub-Koenige-Pinner-Bondi: Kommentar zum HGB., Bd. 3, 12. u. 13. Aufl., Berlin-Leipzig 1926.

Staudinger: Kommentar zum BGB., Bd. 1, erläutert von Loewenfeld und Riezler, 9. Aufl., München-Berlin 1925 (zit. Staudinger I).

— Kommentar zum BGB., Bd. 2, I. Teil, von Kuhlenbeck und Kober, 7./8. Aufl., München-Berlin 1912.

— Kommentar zum BGB., Bd. 2., II. Teil, von Kober und Engelmann, 7./8. Aufl., München-Berlin 1912.

Warneyer: Kommentar zum BGB., Bd. I, Tübingen 1923.

— Kommentar zum BGB., Bd. II, Tübingen 1927.

Reichsgerichtsräte: Kommentar zum BGB., Bd. I, 5. Aufl., Berlin-Leipzig 1923 (zit. R.-G.-Kom.).

2. Lehrbücher:

Arndt: Lehrbuch der Pandekten, 14. Aufl., Stuttgart 1889.

Bernhöft: Das Bürgerliche Recht in Birkmeyers Enzyklopädie, 2. Aufl., Berlin 1904.

Cosack-Mitteis: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, 8. Aufl., Jena 1927.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. I und II, Tübingen und Leipzig 1900 und 1902.

Czyhlarz: Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts, Wien-Leipzig.

Dernburg: Bürgerliches Recht, Bd. I und II, 4. Aufl., Halle 1906 und 1909.

— Pandekten, Bd. I und II, Berlin 1900, 1903.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, 9. Aufl., Berlin 1903.

Engelmann: Das bürgerliche Recht Deutschlands, 4. Aufl., Berlin 1906.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1. Abtlg., 25.—29. Aufl., Marburg 1926.

— Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, 2. Abtlg. 23. bis 27. Aufl., Marburg 1927.

— Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. II, 2. Abtlg., Marburg 1923 (zit. Wolff, Familienrecht).

v. Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht, in Bindings systematischem Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, Bd. 3, 1917.

Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. I, 2. Aufl., Berlin 1903.

Goldschmidt: Handbuch des Handelsrechts, Bd. I, Erlangen 1868.

Hellwig: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. I, Leipzig 1903.

Krückmann: Institutionen des BGB., 3. Aufl., Göttingen 1901.

Kuhlenbeck: Von den Pandekten zum BGB., Berlin 1899.

Landsberg: Das Recht des BGB., Berlin 1904.

Leonhard: Der allgemeine Teil des BGB., Berlin 1900.

Matthias: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 3. Aufl., Berlin 1900.

Puchta: Institutionen, Bd. II, 10. Aufl.

— Pandekten, Leipzig 1898.

Rahmdohr: Grundriß für das Studium des deutschen Privatrechts, Posen 1901.

v. Savigny: Obligationenrecht, Bd. I, Berlin 1851.

— System des heutigen römischen Rechts, Bd I u. V, Berlin 1841.

Sintenis: Das praktische gemeine Zivilrecht, Bd. II, 3. Aufl., Leipzig 1868.

Sohm-Mitteis-Wenger: Institutionen, München-Leipzig 1923.

Stammler: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, Berlin 1897.

v. Tuhr: Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, im systematischen Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, Leipzig 1910.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl., Bd. I u. II, Frankfurt a. Main 1906.

Zitelmann: Das Recht des BGB., Allgemeiner, Teil, Leipzig 1900.

3. Abhandlungen:

Abegg: Die Verjährung der Einreden nach römischem, gemeinem und bürgerlichem Recht, Diss., Göttingen 1903.

Albrecht: Die verschiedenen Fälle des Zurückbehaltungsrechtes nach BGB., Diss., Rostock 1907.

Allendorf: Die natürlichen Verbindlichkeiten d. BGB., Diss., Rostock 1904.

Badt: Die Naturalobligation im BGB., Diss., Freiburg 1903.

Bekker: Im Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts, Bd. 4, Leipzig 1860.

Breuer: Das Zurückbehaltungsrecht des BGB., Diss. Bonn 1904.

Brinz: Kritische Blätter zivilistischen Inhalts, Heft 3, Erlangen 1853.

Brückner: Das Zurückbehaltungsrecht des Schuldners auf Grund einer verjährten Forderung, Diss., Breslau 1910.

Bucerius: Erörterungen der Begriffe exceptio, Einrede und Einwendung, Göttingen 1898.

v. Buchka: Vergleichende Darstellung des BGB. und des gemeinen Rechts, 3. Aufl., 1899.

Busse: Die unvollkommenen Schuldverhältnisse im heutigen Recht, Diss., Erlangen 1906.

Christiansen: Zur Lehre von der naturalis obligatio und condictio indebiti, Kiel 1844.

Delius: Deutsche Juristenzeitung 1899.

Dernburg: Geschichte und Theorie der Kompensation nach römischem und neuerem Rechte, 2. Aufl., Heidelberg 1868 (zit. Komp.).

Dümchen: Schuld und Haftung, in Jherings Jahrbüchern, Bd. 54.

Eck: Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. I, 1. u. 2. Aufl., Berlin 1903.

Fischer, Otto: Recht und Rechtsschutz, Heft 6 v. Bekker u Fischer, Beitr. zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1889.

Friedenthal: Einwendung und Einrede in Zivilprozeßordnung und BGB., Jena 1898.

Gierke: Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Leipzig 1889.

— Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht, 1910.

Gradenwitz: Natur und Sklave bei der naturalis obligatio, in der Festgabe der juristischen Fakultät zu Königsberg für J. Th. Schirmer, 1900.

Hahn: Das Retentionsrecht und die Grundbuchordnung, in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 30.

Hanausek: Ist der Begriff der Anspruchsverjährung im Sinne des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches beizubehalten? In den Verhandlungen des 20. Deutschen Juristentags, Bd. I, 1881.

Hellwig: Anspruch und Klagrecht, Jena 1900.

— Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft, in Festschrift für Gierke.

Heymann: Das Vorschützen der Verjährung, Breslau 1895.

Hirschfeld: Das Zurückbehaltungsrecht im BGB., Diss., Leipzig 1905.

v. Högen: Die Wirkungen der Verjährung nach dem heutigen BGB., Diss., Rostock 1906.

Hölder: Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 73.

— Ueber Ansprüche und Einreden, im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 93.

— Jherings Jahrbücher, Bd. 46.

— Zeitschrift für den deutschen Zivilprozeß, Bd. 29.

Huber: Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht, Bern 1894.

v. Jhering: Der Zweck im Recht, Bd. I, Leipzig 1877.

Klingmüller: Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten, Berlin 1905.

Kohler: Die Ideale im Recht, im Archiv f. bürg. Recht, Bd. 5.

— Der Ehemakellohn, im Archiv f, bürg. Recht, Bd. 12.

Kowalski: Die Naturalobligationen, Diss., Wiesbaden 1904.

Kuhn: Welche Erscheinungen kennt das BGB., die den gemeinrechtlichen Naturalobligationen gleichartig oder ähnlich sind? Diss., Rostock 1903.

Kuntze: Die Obligationen im römischen und heutigen Rechte, Leipzig 1886.

Langfeld: Lehre vom Retentionsrecht, Rostock 1886.

Langheineken: Anspruch und Einrede, Leipzig 1903.

Lehmann: Unterlassungspflicht, 1906.

Lenel: Ursprung und Wirkung der exceptionen, 1876.

Leonhard: Der Anspruchsbegriff des Entwurfs eines BGB. für das Deutsche Reich, in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, Bd. 15.

Levy: Die naturalis obligatio im BGB., Diss., Jena 1901.

Mahler: Die natürlichen Verbindlichkeiten im BGB., Diss., Berlin 1904.

Moeller: Der (schuldrechtliche) Anspruch und das Schuldverhältnis als Einheitsverhältnis, Diss., Würzburg 1909.

Oertmann: Natürliche Verbindlichkeiten im BGB., in der Allgemeinen oesterreichischen Gerichtszeitung, 1902.

Oesterhelt: Das Zurückbehaltungsrecht des BGB., Diss., Leipzig 1907.

Peill: Das gesetzliche Zurückbehaltungsrecht und die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach gemeinem und bürgerlichem Recht, Diss., Rostock 1904.

Planitz: Das Wesen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes geschichtlich entwickelt, Diss., Leipzig 1906.

Rech: Das Rechtsverhältnis. Ein Beitrag zur Lehre von der Konnexität und dem Zurückbehaltungsrecht. Diss., Bonn 1904.

Regelsberger: Zur Lehre von der Wirkung der Anspruchsverjährung, in Jherings Jahrbüchern, Bd. 41.

Regen: Welche Erscheinungen kennt das BGB., die den gemeinrechtlichen Naturalobligationen gleichartig oder ähnlich sind? Diss., Berlin 1903.

v. Renesse: Das Zurückbehaltungsrecht und sein Verhältnis zur Einrede des nicht erfüllten Vertrages, Diss., Borna-Leipzig 1906.

Rieger: Das Zurückbehaltungsrecht des BGB., Diss., Tübingen 1901.

Roth, Die natürlichen Verbindlichkeiten im BGB., Diss., Borna-Leipzig 1910.

Schäfer: Das Zurückbehaltungsrecht zur Sicherung verjährter Ansprüche, in der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, 1. Jahrgang, 1905.

Schenck: Die Lehre vom Retentionsrecht nach gemeinem Recht, Jena 1837.

Scheurl: Heidelberger kritische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft, Bd. I.

— Die römischen Naturalobligationen, in Jherings Jahrbüchern, Bd. VII.

Schindler: Die gewerbsmäßige Heiratsvermittlung, Berlin 1901.

Schlegelberger: Das Zurückbehaltungsrecht, in den Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß von O. Fischer, Bd. 12, Jena 1905.

Schoenenberg: Die Voraussetzung der in § 273 Abs. 1 BGB. geschaffenen Retentionsbefugnis, Diss., Gießen 1901.

Schwanert: Die Naturalobligationen des römischen Rechts, Göttingen 1861.

Schwertner: Das Zurückbehaltungsrecht nach BGB., Diss., Leipzig 1904.

Seidel: Die Voraussetzungen des bürgerlichen Zurückbehaltungsrechts, Borna-Leipzig 1907.

Siber: Naturalis obligatio, in Gedenkschrift für L. Mitteis, 1926.
— In Jherings Jahrbüchern, Bd. 50.
— Kompensation und Aufrechnung, Leipzig 1899.
— Der Rechtszwang im Schuldverhältnis, Leipzig 1903.

Sievers: Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht, im Sächsischen Archiv, Bd. 14.

Simon: Das Zurückbehaltungsrecht des BGB., in der Juristischen Monatsschrift für Posen und Preußen, 1. Jahrg., 1898.

Staffel: Ueber die Wirkungen der peremtorischen Einreden nach dem BGB., im Sächsischen Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß, Bd. 10.

Suppes: Der Einredebegriff des BGB. in seiner praktischen Bedeutung, Diss., Leipzig 1902.

Thon: Rechtsnorm und subjektives Recht, Weimar 1878.

Ubbelohde: Jherings Jahrbücher, Bd. 38.

Veit: Zurückbehaltungsrechte aus verjährten Forderungen, Diss., Breslau 1912.

Vogel: Das Zurückbehaltungsrecht nach dem Rechte des BGB., Diss., Leipzig 1904.

Wachsmann: Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes auf Grund verjährter Forderungen, Diss., (Breslau), Borna-Leipzig 1911.

Weber: Systematische Entwicklung der Lehre der natürlichen Verbindlichkeiten und deren gerichtliche Wirkung, 4. Aufl., Leipzig.

Weyl: Vorträge über das BGB., München, Bd. I, 1898.

Wildhagen: Ueber die Verjährung der Einreden im heutigen römischen Recht, Jherings Jahrbücher, Bd. 21.

Windscheid: Die actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts, Düsseldorf 1856.

4. Zeitschriften, Entscheidungssammlungen und Materialien zum BGB.

Archiv für bürgerliches Recht.

Archiv für zivilistische Praxis.

Blum: Urteile und Annalen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Deutsche Juristenzeitung.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RG).

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (RGStr.).

Heidelberger kritische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft.

Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts (zit. Jher. J.).

Juristische Wochenschrift (zit. JW.).

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. I und II.

Mugdan: Die gesamten Materialien zum BGB. für das Deutsche Reich, Bd. 2.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. I u. II.

Das Recht: Rundschau für den deutschen Juristenstand.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgeg. von Mugdan und Falkmann.

Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (Seuff. Arch.).

Verhandlungen des 20. deutschen Juristentages, Bd. I.

Warneyer: Rechtsprechung.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.

Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß.

Inhalt

I. Einleitung . . . . . 3— 4

II. Hauptteil. 5—70

A. Die Naturalobligationen des BGB. 5—34

§ 1. Begriff der Naturalobligation . . . . . 5—12

§ 2. Die echten Naturalobligationen . . . . . 13—21

a) Spiel- und Wettvertrag . . . . . 13—14

b) Lotterie- und Ausspielgeschäft . . . . . 14—15

c) Differenzgeschäft . . . . . 15—16

d) Ehemäklervertrag . . . . . 17—18

e) Verpflichtungen aus sittlichen Pflichten und Anstandsrücksichten . . . . . 19—21

§ 3. Die verjährte Forderung: Eine Eventualnaturalobligation . . . . . 21—28

§ 4. Die zu Unrecht als Naturalobligationen bezeichneten Verbindlichkeiten: 28—33

a) Anspruch des Besitzers auf Ersatz von Verwendungen (§§ 1000, 1001) . . . . . 28—29

b) Fall des § 110 BGB. . . . . 29—30

c) Die formlosen, nachträglich geheilten Verträge 30—31

d) Das turpiter promissum (§ 817) 31

e) Anspruch auf eine unverhältnismäßig hohe Vertragsstrafe (§ 343) . . . . . 31—32

f) Ansprüche der Ehefrau gegen den Mann auf Grund der Verwaltung und Nutznießung (§ 1394 BGB.) . . . . . 32—33

g) Das Verlöbnis (§ 1297) 33

B. Das Zurückhaltungsrecht. 34—51

§ 1. Rechtliche Natur des Zurückbehaltungsrechtes . 34—41

§ 2. Zweck des Zurückhaltungsrechtes . . . . . 41—42

§ 3. Voraussetzungen des Zurückhaltungsrechtes . . . 43—49

a) Fälligkeit des Anspruches . . . . . 43—48

b) Wechselseitigkeit der Ansprüche 48

c) Konnexität der Ansprüche . . . . . 48—49

d) Gegenstand des Zurückbehaltungsrechtes . . . 49

§ 4. Verhältnis des § 273 zum § 320 . . . . . 49—51

C. Das Zurückbehaltungsrecht auf Grund der echten Naturalobligationen . . . . . 52—54

D. Das Zurückbehaltungsrecht auf Grund der verjährten Forderung: 55—77

§ 1. Prüfung der Voraussetzungen . . . . . 55—50

§ 2. Gründe, die für die Zulässigkeit des Retentionsrechtes angeführt werden: 57—62

a) Analogie des § 390 . . . . . 57—59

b) Sinn des § 222 . . . . . 59—60

c) Analogie des § 223 60

d) Vergleich mit dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht (§§ 369 ff. HGB.) 61

e) Billigkeitsrücksichten . . . . . 61—62

§ 3. Wirkung der Verjährung auf die Einreden . . . 62—65

§ 4. Anspruch oder Forderung . . . . . 65—70

III. Schluß:

Bestätigung des gewonnenen Resultates durch die §§ 222 und 274 . . . . . 70—71

Lebenslauf

Am 3. März 1905 wurde ich, Siegmund Wassermann, als Sohn des Kaufmanns Moritz Wassermann und seiner Ehefrau Helene geb. Grünfeld, geboren. Ich besuchte das Köllnische Gymnasium zu Berlin, und nach dessen Auflösung Oktober 1922 das Leibnizgymnasium zu Berlin, das ich Ostern 1924 nach bestandenem Abiturientenexamen verließ. Ich studierte dann die Rechts- und Staatswissenschaften und zwar fünf Semester in Berlin und die letzten beiden Semester in Breslau. Am 1. März 1928 bestand ich die mündliche Doktorprüfung zu Breslau.